CODICE ITALIANO DI PROCEDURA CIVILE ANNOTATO DAL...

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI

DONATI DAL

DOTTOR ANNIBALE GIULIONI

GIURISTA

Nato a Firenze il 7 Febbraio 1867
e morto il 1° Dicembre 1895 in Firenze.

16 Maggio 1896

IL

CODICE ITALIANO

DI

PROCEDURA CIVILE

ANNOTATO

IL

CODICE ITALIANO

DI

PROCEDURA CIVILE

ANNOTATO

IL

CODICE ITALIANO

DI

PROCEDURA CIVILE

ANNOTATO

DAL COMMENDATORE

LUIGI BORSARI

GIÀ PROFESSORE DI DIRITTO E DI PROCEDURA CIVILE E PENALE
NELLE UNIVERSITÀ DI BOLOGNA E FERRARA ORA CONSIGLIERE DI CASSAZIONE

TERZA EDIZIONE

Nuovamente riveduta ed accresciuta dall'Autore.

PARTE PRIMA

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

via Carlo Alberto, N. 33.

NAPOLI — Strada N. Monteoliveto, N° 6.

ROMA — Via Lucina, N° 44, piano 3.

1872

PREFAZIONE

ALLA TERZA EDIZIONE

Poichè ho la fortuna di assistere in brevissimo spazio di tempo alla terza edizione di questo mio lavoro sulla procedura civile, mi propongo principalmente una migliore economia della esposizione, facendo rientrare nel testo, coordinate agli articoli relativi, le numerose aggiunte che io feci alla seconda edizione. Ove la esperienza mi abbia additato il bisogno di ampliare qualche nozione, di svolgere qualche nuovo concetto, di meglio dichiarare quelli già esposti, di riformare qualche proposizione che ne abbia mestieri, lo farò doverosamente ritornando sopra i miei passi, e rendendomi conto dei miei stessi giudizi. Seguitando il movimento della giurisprudenza, ove le opinioni siano ancora dubbiose e conflittanti, o la importanza del soggetto lo richiegga, indicherò le decisioni più ragguardevoli non senza portarvi quei riflessi che stimerò opportuni. La operosità e la diligenza è il solo mio merito; il solo testimonio di riconoscenza che io posso dare al pubblico favore.

PREFAZIONE

ALLA SECONDA EDIZIONE

Un Codice di procedura civile è opera laboriosa e difficile, e di questa sua propria difficoltà non poche cagioni possono assegnarsi. Si dice comunemente che la procedura deve porgere i mezzi e prescriver le norme affinchè le parti che contendono dei loro diritti, o non trovano nella spontaneità degli obbligati il debito soddisfacimento, ottengano pronta, sicura e piena giustizia. Si hanno inoltre in mente dei postulati o criteri generali nei quali da tutti si conviene: la giustizia dover essere di facile accesso; la sua amministrazione semplice, ordinata, celere, e poco costosa. Ebbene, l'amministrazione della giustizia presso i popoli saliti a un certo grado di civiltà, non è mai stata nè celere, nè semplice, nè poco costosa. Altri caratteri ugualmente ricevuti, ugualmente indiscutibili, sono già acquistati alla teoria del processo civile: la libertà, la pubblicità, e fra gl'istrumenti più proficui a questo fine, la oralità. Ma quando scendiamo al reale, al concreto, altri criteri domandano instantemente di esser presi in considerazione, che senza escludere i primi, tendono a restringerne l'applicazione entro certi ragionevoli confini. Si sente che colla libertà dev'essere l'ordine; colla prontezza la maturità; colla semplicità il metodo; colla indipendenza di una parte quella dell'altra; col potere moderatore la sicurezza contro l'arbitrio; colla facilità la certezza dell'operare; che insomma il diritto naturale che si esercita nella incruenta ma dura ed animosa lotta dei giudizi, ha bisogno di protezione e di guarentigie. Allora impariamo che la vera, l'intima difficoltà del processo giudiziario consiste nel dualismo proprio della sua natura, quale mai non apparisce nelle altre istituzioni che dirigono la ragione e non l'azione; danno regola alla condotta morale, e sono di scopo e d'attitudine, impersonali. Quello che chiamasi *diritto materiale*, si vede a compagno inevitabile, quantunque poco

gradito, quell'altro che chiamasi *diritto formale:* e la forma si presenta ora imbarazzante ora protettrice; ora s'invoca come una garanzia, ora si rigetta come un ostacolo alla semplicità, alla libertà, alla celerità; e nonostante il Codice di procedura non è che un complesso di forme in tutti gli esemplari più stimati e più desiderati dell'Europa civile.

E si finisce col convenire che codesti elementi, che in quella specie di antagonismo rappresentano quasi la contraddizione, il contrasto e la pugna che ferve intorno a loro; che codesti elementi, io diceva, non solo sono compatibili ma essenziali a formare quel vivace organismo, in cui si bilanciano le forze dei contendenti, e il tempo e lo spazio si distribuiscono ai lottatori come in campo chiuso. Quando però si debba rilasciare e quando tenere; quando correre e quando andare a rilento; quanto lasciare in facoltà e quanto ordinare ed imporre; quanto concedere allo sviluppo delle difese, e quanto sopprimere per economia di tempo; se e fin dove limitare la convinzione subbiettiva nell'ordine delle prove, sono problemi ardui, rinascenti, la soluzione dei quali lascia sempre qualche cosa a dire, e nei quali la uniformità delle opinioni non sembra possibile.

Quantunque un Codice di procedura sia opera d'arte, noi pretendiamo con ragione di escludere l'arbitrario e tutto ciò che deriva da una volontà che non sappia render conto di se stessa; crediamo di potere stabilire dei principii, quasi punti obbiettivi che segnano il cammino da tenersi, e verso i quali bisogna tendere incessantemente per conseguire il fine proprio di questa grande istituzione. Chi mai dirà ch'essa sola, fra tutte le altre che contribuiscono all'ordine sociale, abbia a relegarsi fuori dell'orbita del progresso, condannata all'empirismo, come incapace di una costruzione scientifica? Ma nelle grandi generalità è facile convenire. La procedura è una scienza, e si governa dai principii: ha un fine, e i mezzi che si adottano devono corrispondervi; è una riparazione e un modo di riabilitare il diritto offeso dalla negazione di una delle parti; è un bisogno sociale al quale si deve provvedere con sollecitudine, con forza, e col minor sagrifizio possibile dei cittadini. Codeste proposizioni hanno la dignità dell'assioma e sono incontrastabili. Eppure convien ripeterlo, le difficoltà si mostrano nell'atto pratico; il positivo tempera l'astratto; e qualche volta la forza delle cose vi richiama penosamente su certe idee primitive che la mente aveva accolte senza esame per la loro chiarezza. Non voglio io per certo in un discorso preliminare e di occasione percorrere quanto vi ha di più fondamentale in un Codice di procedura; ma, quasi a saggio, mi trattengo sopra un punto invero molto importante.

Nessun dubbio che la qualità e forma del processo istruttorio e dei mezzi applicati allo svolgimento delle prove, influiscano grandemente a conseguire il fine: cioè la scoperta della verità contesa all'intelletto da obbietti intrinseci, accresciuti da quegli artificiosi dei contendenti. Ora prevale la idea, che col processo si ricerca e si vuole ottenere la *verità materiale*, non già una verità *formale*, quasi per appagare i dotti e la gente del fôro. Egli è perciò che viene raccomandata la maggiore semplicità, e l'abbandono se fosse possibile di ogni legalità in quanto faccia ostacolo a quell'andamento di natura che solo può condurci a toccare la

realtà delle cose. Si desidera, per esempio, l'intervento personale delle parti ai dibattimenti per rispondere ad ogni interrogazione che loro fosse diretta; esami di testimoni ma pubblici e con applicazione del potere discrezionale; o sopratutto, come diremo più avanti, abolizione di ogni istruzione scritta.

Dubito che in quella nomenclatura, oggidì molto in uso, si nasconda qualche concetto non abbastanza chiaro. *Verità materiale* o *naturale* s'intende quella che è nel rapporto reale delle cose anzichè nel senso giuridico; onde viene a distinguersi giudizio da giudizio, e l'uno dall'altro oggetto della cognizione. Veramente nelle cose penali l'oggetto della cognizione è un fatto umano ad affermare il quale ogni più semplice intelletto, come quello dei giurati, riputiamo sufficiente; laddove nelle civili, ricevendo il sostrato di fatto come condizione, ricerchiamo se esista o non esista il diritto, ossia la relazione giuridica che si reclama; e con ciò sciogliamo un problema al tutto razionale: nel primo caso abbiamo a scopo una verità materiale, nel secondo una verità giuridica. Quindi il carattere totalmente diverso della istruzione nelle cause penali e nelle civili. La prima è solamente ed esclusivamente istruzione, esame, indagine di fatto, e rigetta ed abborre qualunque mistione di diritto; laddove la seconda procede per sua natura nel duplice rapporto del fatto e del diritto, imperocchè i fatti nudi non hanno significazione: essi sono apprezzabili in quanto o contengono in se stessi la loro ragione giuridica (una disposizione testamentaria, un contratto), o siano fondamento ad una conclusione giuridica. Laonde prima di adottare certe teorie che lusingano per una tal quale apparenza di libertà e di conformità collo spirito moderno, bisogna riflettere sulla loro applicabilità.

Noi vediamo la influenza di codeste idee manifestarsi specialmente in due momenti del processo civile: nel modo di formolare la prova; nella qualità e metodo del procedimento.

La prova è regolata dal diritto civile. Il legislatore che lasciolla pienamente libera e deducibile dovunque nelle materie penali, la viene preparando e sistemando negli affari civili, e vi assegna quella misura di forza che dovrà avere nell'ordine della legalità, ed allo scopo che i fatti si abbiano per *giuridicamente veri:* ed ecco una verità formale. In effetto questa intramessa del legislatore limita la ragione subbiettiva del giudice, e s'impone alla sua credenza. È un sistema generalmente accettato, e certo ha la sua ragione di essere, che qui non occorre discutere.

E ancora per quanto concerne il metodo del procedimento istruttorio, la discussione, e le udienze, il nostro legislatore segue un sistema temperato e composto che non sembra convenire del tutto colla proclamazione di principii nell'adozione dei quali si dice consistere la perfezione dello esperimento giudiziario, secondo gli ultimi portati della scienza. La *oralità* è richiesta in nome della semplicità e della celerità, che sono fra i sommi pregi dei giudizi civili, e in nome di quella guarentigia unica e suprema di ogni buona giustizia, la pubblicità, che sola coi verbali dibattimenti può convenire.

Anche a costo di prolungare alcun poco questa introduzione, io mi fermerò

sul tema del procedimento non tanto per lo interesse che ha in sè, quanto piuttosto per vedere il sistema al lume della nuova teoria, ed aver un saggio della solidità di quei principii.

I giudizi continuano a reggersi col duplice procedimento *formale* e *sommario*. In quelli dei giudici minori (conciliatori, pretori), non è ammesso che il *procedimento sommario*. Nei giudizi avanti i tribunali civili, i tribunali di commercio e le Corti d'appello, *si osserva il procedimento formale*, non escluso il sommario. Ciò significa che avanti i giudici minori non si conosce veruna causa che richiegga di esser trattata col metodo formale; e che avanti i magistrati superiori, si presentano cause da trattarsi coll'uno o coll'altro metodo. Lo stesso concetto di processo formale, secondo la qualità del magistrato, riceve una modificazione. Il processo formale avanti i tribunali civili e le Corti d'appello ha uno sviluppo, una portata che non ha avanti il tribunale di commercio. In questo si viene di più guise compendiando, e si abbrevia notabilmente. Ma nel Codice è forse stabilito un criterio riconoscibile e certo per determinare l'applicazione dell'uno o dell'altro rito?

Ciò molto rileva, poichè tante volte si è detto, e non senza ragione, che la legge non deve fornire *a priori* questo criterio; ch'esso dipende in certo modo dalla natura individuale dei giudizi, e bisogna guardarsi da una classificazione sistematica. Ammettendosi il procedimento formale (ordinario) non se ne faccia la regola; ma sia piuttosto una eccezione, e si abbandoni alla prudenza del giudice, che potrà ordinarlo esigendolo il bisogno della causa. Sembra invece che il Codice faccia del procedimento formale la regola, e del sommario la eccezione, dichiarandosi in appositi articoli (389, 411) quali sono le cause che trattano con procedimento sommario. Ne segue che tutte le altre si trattano col procedimento formale. Ma è anche vero che viene lasciato al presidente lato e non censurabile arbitrio *di segnare la citazione a udienza fissa*, il che significa inaugurare il processo sommario. Ogni arbitrio di magistrato è arbitrio ragionevole e lo sarà anche questo, il presidente dovrà, è vero, riconoscere che la causa, sebbene appartenga alla competenza di tribunale civile o di Corte d'appello, può essere senza inconveniente trattata col rito sommario; dovrà cioè ravvisare nella qualità dell'azione e nell'indole del giudizio il caso della eccezione; ma potendo sempre avverarsi la interposizione del magistrato, il precetto perde tutto ciò che può avere di aspro e di assoluto, anzi non è più un precetto, ma un regolamento che si modifica dalle circostanze.

Il Codice adunque è in questa persuasione, che ci siano questioni da non abbandonarsi alla sfuggevole discussione orale, ma da esporsi per via di scrittura, con comunicati reciproci, ed a congrui intervalli per le risposte. Cotali questioni esser denno le *più complicate*, quelle, intendo, alle quali occorrono investigazioni più lunghe o più minute; che involvono non indifferenti problemi giuridici, e non sono spinte ad una conclusione immediata dalla urgenza del caso. Di tali questioni non possono presentarsi ai giudici inferiori; o se anco possono presentarsi, il procedimento formale è abolito, perchè ogni processo avanti i giudici

inferiori deve durar poco, e la giustizia loro vuol essere spedita; e perchè si ritiene che gli errori di quei giudici, in competenza sì limitata, siano meno funesti, o possano facilmente venir corretti.

In sostanza il Codice non teorizza *a priori* se non per disporre che *le domande per provvedimenti provvisorii e interinali, e le cause in appello dalle sentenze dei pretori* (articolo 389) debbono sempre condursi colla celerità del procedimento sommario. Del resto è una vera facoltà dei giudici, inspirata dai casi particolari e dai bisogni della causa, di adoperare l'uno o l'altro rito.

Ho detto che il Codice offre due specie di procedimenti formali: uno per le cause avanti i tribunali civili e le Corti d'appello: altro avanti i tribunali di commercio. Il primo ha delle dimensioni che sono state criticate; abbonda di scritture, di termini; è prolungato oltre misura. Ed è vero; ma ciò è accidentale, e facilmente riformabile; in realtà il legislatore (e questo tocca all'ideale direttivo) ha creduto che il processo misto sia possibile; e neppure nel sommario fu concesso alla oralità un dominio troppo assoluto.

Rientriamo un poco nell'ordine dei principii. Una differenza, intrinseca, essenziale, ci sarà sempre, checchè voglia dirsi, fra i processi penali e civili. Anche in quelli vi sono dei fatti (tutti quelli che riguardano il reato in genere) che conviene conservare, raccomandandoli ai *processi verbali*, ed altri atti scritti; mentre tutto l'insieme che riguarda la imputazione, è portato in massa all'udienza delle assise, ed ivi subisce la sua analisi e si sviluppa per un continuato processo orale ed auditivo, dal quale (fate grazia alle frasi) scoppia l'impeto della convinzione, pura d'ispirazioni estranee, e quasi sentimento irresistibile. Allora si ha la intuizione del vero: almeno così crediamo. Ma qui si tratta di giudicare un uomo e le sue azioni: non si tratta di giudicare un contratto, un diritto di successione, il valore di una ipoteca, il rendiconto di un tutore, la distribuzione del prezzo di fondi venduti all'asta: in tutto questo io non vedo i miracoli della oralità, o cosa valga la impressione della coscienza. Trovo anzi che senza preparazioni scritte, senza esame di documenti fatto con molta pace nel proprio gabinetto, col solo prestare orecchio a più o meno eloquenti ma fugaci parole, non si può maturare un giudizio. Quale pericolo per le parti stesse! Io riconosco e onoro la ordinaria diligenza e dottrina degli avvocati; ma la parola non è sempre felice; la memoria non riproduce sempre i fatti colla necessaria esattezza; ad ogni modo è impossibile al giudice ricordar tutto. Perchè adunque una inclinazione così spinta verso la oralità pura? Perchè l'aborrimento, che da questo lato non sarebbe giustificabile, della istruzione scritta? Certamente per lo prestigio della pubblicità e per quella virtù che le si attribuisce di tutelare la libertà in ogni cosa; nelle operazioni del processo, nella discussione, e nella determinazione definitiva del magistrato.

Ma si rifletta che alla pubblica udienza non si possono leggere tutti i documenti, fare tutti gli esami, eseguire le perizie; o ove si potesse, non si dovrebbe, non potendone uscire che confusione e morbosa congestione dei cervelli: niun retto giudizio sarà possibile. O prima o dopo, intervalli di calma, di riflessione,

di studio, sono indispensabili: per carità, meno utopie e più senso pratico; meno precipitazione, e più calcolo: non sagrifichiamo alla celerità la giustizia, chè l'errore di un momento fa piangere lungo tempo, e la giustizia non riceve alcun ristoro dalla celerità con cui è stata commessa.

E voglio dire con ciò, che fra non poche meritate censure, il Codice è segno di altre che, dettate dal sentimento sempre commendevole della perfettibilità, riescono al vuoto, e sono immaginarie; ovvero procedono da quella varietà di opinioni che, essendo disputabili, lasciano sempre un lato difendibile.

In generale, bisogna convenire, il Codice manifesta una gran sollecitudine per la giustizia; l'abbondanza e la minutezza delle disposizioni lo dimostrano; ricco di formalità e di cautele; ansio di prevenire le male arti e le frodi, moltiplica le proibizioni e semina le multe; affinchè la giustizia sia pronta in tutti i luoghi e a tutti i bisogni, diffonde le magistrature minori su tutti i punti del territorio e le sopraccarica di attribuzioni molto superiori alla portata della loro giurisdizione contenziosa; mentre muove la gran macchina della gerarchia giudiziaria acciò niun errore e niuna ingiustizia sfugga alla debita riparazione, s'ingegna di esser semplice, impiegando a gran profitto l'opera del presidente che divide in certo modo dal collegio coll'attribuirgli una iniziativa quasi senza confine nei giudizi. Così ha ideato il sistema degl'incidenti, pieno di buona volontà, benchè non ancora penetrato a sufficienza nelle abitudini del fôro; largheggiando ai convenuti i mezzi della difesa e rispettando, fin troppo, i contumaci, apre da ogni parte ai creditori rimedi assicurativi e potrebbe chiamarsi il Codice dei provvedimenti; intreccia una gran quantità di giudizi che si direbbero *extra ordinem* con mezzi studiosamente facili, creando una giurisdizione di mezzo fra la volontaria e la contenziosa; infine il Codice di procedura civile italiano si trova a un discreto livello colle migliori legislazioni conosciute, niuna delle quali è perfetta nè ha ancora finito il suo stadio ascensivo. Francamente dirò, che non abbiamo avuto sufficiente coscienza delle nostre forze per atteggiarci a uomini originali che vogliono cavarsi un sistema dal proprio capo; siamo stati, direi quasi, oppressi dalle reminescenze; ma è anche vero che abbiamo migliorato il nostro modello.

Nondimeno la storia della giurisprudenza di questi tre anni è troppo feconda di controversie per non dover convenire lealmente che il Codice non è uno specchio di ordine, di semplicità e di chiarezza: e per quanto la redazione fosse affidata agli uomini più competenti, lascia molto a desiderare sotto questo rapporto. Dei sistemi si può disputare; la bontà delle disposizioni può essere attaccata e difesa: ma a quei difetti non si perdona. Sia qual si voglia il sistema, sappiasi almeno e si vegga chiaramente la volontà del legislatore. Nell'aspetto rilevantissimo della dizione, i regolamenti dell'Italia centrale offrivano esempi imitabili e meritavano di essere studiati. Con tutto ciò non bisogna esagerare nè i vizi nè le conseguenze. Le questioni sono frequenti ma quasi sempre si riproducono sugli stessi subbietti: l'applicazione dei termini, la forma delle citazioni, l'ordine e lo sviluppo degli incidenti, il rito formale o sommario, i giudizi pos-

sessorii, le appellazioni nei giudizi speciali, i sequestri, ministrano la materia ai litigi. Qua e là ci sono articoli infelici, che crivellati, per così dire, di ferite, resistono ancora alla interpretazione. Ma intanto la giurisprudenza si va costituendo su solide basi; scrittori ragguardevoli con una spontaneità degna d'encomio, fanno studi e porgono illustrazioni su quelle parti del Codice che meritano esame; dotte accademie propongono soluzioni e riforme. Io mi gioverò, siccome è mio dovere, dei loro lumi. Ogni giorno si acquista qualche cosa, e a tutto questo aggiungendosi la intelligenza che dà l'uso assiduo e la sagace cooperazione dei causidici, non tarderà che questa legislazione sarà chiarita e fatta agevole perchè più intesa e divenuta più famigliare. Ed è forse meglio che rattopparla con riforme che suscitano sempre nuove dubbiezze, pessimo consiglio di Stati infermi essendo il continuo mutar di leggi. La fortuna del mio modesto lavoro, la benevolenza con cui è stato accolto in Italia, alla quale io rispondo colla più viva riconoscenza, mi pone in cuore la grata fiducia di avere io pure contribuito in parte a questo effetto, spiegando il Codice e propagando la scienza; e m'infonde nuova lena per rivedere le mie idee, emendare, ove sia d'uopo, i miei errori, e aggiungere considerazioni che il progresso della giurisprudenza ha reso pressochè necessarie (1).

(1). Questa prefazione fu scritta nell'anno 1869.

RELAZIONE A S. M.

DEL MINISTRO DI GRAZIA E GIUSTIZIA E DEI CULTI

In udienza del 25 giugno 1865

SUL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

Sire,

A compimento del Codice civile, mi onoro presentare alla Maestà Vostra il Codice di procedura civile, il quale, ordinato a dar moto ed azione alle leggi civili, richiede pertanto conformità ed accordo di principii e d'indirizzo.

Il procedimento giudiziale, al pari delle altre parti della legislazione, ritraeva la *disformità* dei sistemi e delle discipline accolte ne' vari Stati d'Italia, e questo era un male ferace di sconci gravissimi, perciocchè nulla v'abbia di più increscioso e molesto ai contendenti quanto la incertezza e la varietà delle forme giuridiche che raffigurano la guarentigia dei diritti da far valere in giudizio. Nè questo solo: chè l'ordine dei giudizi, e le norme di procedimento si palesavano in genere intralciate di forme e d'inciampi, dominate da esagerato fiscalismo, flessibili agli accorgimenti della malizia e della mala fede, scoraggianti per le ragioni dell'onesto creditore. Ben si potrà quindi affermare che i sistemi vigenti di procedimento giudiziario fallissero ai sommi fini d'ogni ben ordinato sistema di procedura, che sono, come a niuno è ignoto: massima celerità nel corso dei giudizi, minimo dispendio delle parti contendenti.

Più avvertiti e lamentati insieme apparivano i vizi del procedimento esecutivo della espropriazione forzata. Nel che ci basterà ricordare come la legge di espropriazione forzata del 29 dicembre 1828, vigente nelle Provincie meridionali, avesse porto incessante argomento di lamentanze, di voti per una radicale riforma, che andasse compagna della riforma ipotecaria; avvegnachè sotto gli auspicii di quella legislazione, mal rispondente ai principii della scienza e alle necessità economiche, ne seguisse lo scoramento del mutuo ipotecario, la rovina dell'industria agraria e l'impedito sviluppamento degli istituti di credito, ai quali tornava infesta una procedura tardigrada e insidiosa.

A questi vivi bisogni, a queste inconvenienze gravissime veniva incontro opportunamente il progetto di legge sulla procedura civile iniziato appresso il Senato del Regno dal mio onorevole predecessore Pisanelli, senonchè non bastò il tempo e l'agio alla Commissione deputata dal Senato all'esame di quel progetto di compiere i suoi studii, sicchè l'opera ne uscì dimezzata ed incompiuta. Stando le cose in tai termini, sorgeva indispensabile la necessità di entrare in più ampia e minuta revisione del Codice di procedura civile, coordinando la economia e le singole disposizioni di esso

con quello del nuovo Codice civile, al che trovavasi bene abilitato il Ministro guardasigilli dalla larghezza dei poteri conferiti al Governo del Re dall'art. 2 della legge del 2 aprile.

Obbedendo io all'onorevole mandato, mi rendei sollecito, seguitando il metodo tenuto per gli altri Codici, di circondarmi dei lumi e del senno di una Commissione composta di eletti giureconsulti e membri del Parlamento, i quali, mi è grato il dichiararlo, non perdonarono nè a fatiche nè a sforzi per adempiere virilmente al cómpito loro.

Ad agevolare il lavoro, avvisai pure di proporre alla Commissione una serie di quesiti da esaminare, i quali quesiti, aggiunti alle sagaci avvertenze e suggerimenti proposti nella discussione parlamentare, porsero il tema agli esami di essa Commissione.

Ponendo mano all'opera di unificazione, non si poteva, nè si doveva dimenticare essere consiglio di prudenza tenere in gran conto la varietà dei sistemi e degli instituti e dei rispetti alle abitudini, alle consuetudini e alle speciali condizioni delle varie parti d'Italia, che non si rimutano per subita trasformazione ond'è che, recatosi in questo studio comparativo un savio ecletismo, si è riescito ad un sistema che compie il gran fine della unificazione, senza trascorrere alle esagerazioni della uniformità simmetrica o estetica

Compiendo ora al debito di esporre alla Maestà Vostra le somme ragioni del novello sistema adottato da me d'accordo con la Commissione, non che delle modificazioni recate al progetto ministeriale, mi stringe necessità di parlarne più distesamente di quel che mi occorresse rispetto al Codice civile, perciocchè questo, elaborato già di lunga mano, e corredato di molteplici relazioni, non mi lasciava che l'opportunità di restringermi alle sole parti modificate, dovechè il Codice di procedura civile si presenta in tali condizioni da far desiderare una più larga e minuta esposizione.

Il Codice di procedura si divide, come semplice e logica distribuzione, in tre parti. La prima *dell'ordine e della forma dei giudizi*, che movendo dalle disposizioni generali sui giudizi e regolando di essi ogni forma ed ogni incidente, conduce i litiganti fino al conseguire la sentenza definitiva che abbia fatto passaggio in cosa giudicata La seconda che provvede alla esecuzione, per autorità di giustizia, delle sentenze e degli atti equivalenti, con le norme attinenti a qualunque specie di esecuzione e su qualunque natura di beni. La terza in cui sono raccolte le disposizioni sopra i procedimenti speciali, o di giurisdizione volontaria o altri, i quali stanno da sè e non presentano legame alcuno particolare con le materie del Codice d'ordine più generale.

Ma, innanzi d'entrare nel proprio campo del libro primo, s'incontra un titolo preliminare che raffigura come il vestibolo dell'edificio processuale Quanto è necessario che la legge impedisca ai cittadini il farsi diritto di loro mano, sostituendo la forza privata alla giustizia sociale, altrettanto conviene che la ragione pubblica non intervenga, se non in sussidio d'ogni mezzo volontario, inteso ad antivenire o cessare le liti. Le quali sono di per sè cagione di dissidii, di turbazioni e di rancori infesti al benessere sociale. Ecco a quale intento e per quale proposito il Codice esordisce con due capi *della conciliazione* che previene le liti, e *del compromesso* che le definisce per vie amichevoli.

Quanto al concetto della *conciliazione*, parve bene avvisata l'imitazione degli ordinamenti che la ressero fin qui, con felice prova, in una parte principale del Regno, vogliamo dire le Provincie della meriggia Italia Nel provvedere all'ordinamento di cotale istruzione, fu manifestato il pensiero di renderne obbligatorio lo esperimento, e di stendere ai Tribunali e alle Corti la disposizione dell'art. 417 che impone al Pretore di tentare la conciliazione delle parti udita la trattazione della causa Ma, se questa disposizione fu mantenuta rispetto alla giurisdizione de' Pretori che porta seco un

carattere proprio di agevolezza e di famigliarità, sembrò da respingere quanto ai tribunali e quanto alle Corti, non potendo essere esente nè da sospetto, nè da pericolo che giudichi oggi quel magistrato che trattò ieri invano della conciliazione, e che nel trattarne diede argomento d'una preconcetta opinione. Del rimanente finchè in Italia non siasi fatto prova della conciliazione sperimentata volontariamente, e finchè questa istituzione non sia entrata felicemente nelle consuetudini del paese, sarebbe comprometterne l'avvenire, e ridurla di un tratto a formalità indugiatrice de' procedimenti l'imporla alle parti come obbligo imprescindibile, e, in qualunque caso, inevitabile.

Rispetto al *compromesso*, il progetto statuiva senza diffidenza e senza restrizioni. Onde, permettendo il compromesso ogni qualvolta è permessa la transazione, non toglieva la facoltà di compromettere nè ai tutori, nè, in generale, agli amministratori di beni altrui. E inoltre, consentiva ne' contratti la stipulazione della clausola compromissoria.

Questa parte della clausola compromissoria non sollevò difficoltà, vedendosi la clausola stessa quotidianamente convenuta ne' contratti di pubblica amministrazione anche approvati per legge. Anzi si provvide con disposizione applicata a procacciare eziandio dopo la morte de' contraenti, la nomina degli arbitri che non fosse stata fatta da' contraenti; e ciò pur nel caso che gli eredi de' contraenti stessi fossero minori.

Fu dubitato della convenienza della facoltà di compromettere conceduta ai tutori ed amministratori della cosa altrui senonchè il dubbio cessava, tra perchè il Codice civile mantenuto avea cotal sistema, e perchè fu considerato che, se il compromesso è un benefizio, circondato altronde di serie e solide garantie, sarebbe improvvido partito pertanto negarlo alle persone soggette ad amministrazione, o a tutela.

Fu ammesso che, quanto alle sentenze degli arbitri, possa rinunciarsi ai rimedi dell'appello e della cassazione, non al rimedio della rivocazione, ripugnando che si rinunci seriamente ad un rimedio fondato sul dolo, sull'errore di fatto, su documenti decisivi scoperti dopo il giudizio.

Nel progetto mancavano di sanzione sia l'art. 10, capoverso, che indica quali persone non possono essere arbitri, sia l'art. 11, che determina le forme del compromesso. Ciò non doveva abbandonarsi ad interpretazioni per avventura discordi. Quindi è che nell'art. 11, e nell'art. 32, n° 3, in correlazione coll'art. 10 del Codice, fu dichiarata la nullità sia del compromesso fatto senza le forme prescritte, sia della sentenza pronunciata da persone che non potessero essere arbitri.

La sentenza degli arbitri è resa esecutiva per decreto del Pretore. Questa disposizione del progetto sembrò da conservare non ostante le opposizioni incontrate. In questo caso l'Autorità giudiziaria non esercita atto di cognizione e di impero, sì che sia necessario ricorrere alla Magistratura competente per materia o per valore; solamente esercita un atto di autorizzazione esteriore e quasi complemento. Come il notaro appone la formola esecutiva agli atti propri, così il Magistrato l'appone alla sentenza degli arbitri. Ed era ragionevole che ciò fosse facilitato in ogni guisa.

LIBRO PRIMO

Il libro primo, *dell'ordine e della forma dei giudizi*, esordisce con un titolo racchiudente, come nel progetto, *disposizioni generali*. Le quali non potevano avere sede più acconcia, perchè esprimono principii o stabiliscono norme che sono fondamentali, e valgono a chiarire o compiere le disposizioni che seguono.

Fra le disposizioni generali sono degne d'esser notate le seguenti — Si stimò necessario dichiarare che come sono nulli tutti, generalmente, gli atti fatti dall'Usciere fuori delle ore stabilite, così siano nulli gli atti di esecuzione fatti da essi ne' giorni

festivi — Quanto ai mandati da presentare in giudizio, atteso il deferimento del Contenzioso amministrativo ai Tribunali ordinari, fu aggiunto, rispetto alle Amministrazioni pubbliche, che basti a costituire l'atto la sottoscrizione del Capo dell'Amministrazione interessata nel Circondario o nella Provincia e l'apposizione del sigillo d'ufficio. — Nell'articolo 50 vedonsi definiti, con semplicità e con esattezza, i provvedimenti che l'Autorità giudiziaria è chiamata ad emettere, oltre le sentenze. *Provvedimento* è parola generica che comprende i *Decreti* e le *Ordinanze*. Sono Decreti i provvedimenti che si danno sopra ricorso d'una parte senza citazione dell'altra. Sono Ordinanze i provvedimenti che si emettono, nel corso della causa, dai Presidenti, dai Giudici delegati, dai Pretori o dai Conciliatori, sopra istanza di una parte, con citazione dell'altra, o di Uffizio, le quali distinzioni riesciranno d'uso continuo e di evidente utilità perchè ben s'intenda la terminologia del Codice, e le frequenti applicazioni di esso. Quanto alle inserzioni nei giornali dei bandi per incanti e degli altri atti giudiziari, prescritte dalla legge, fu stabilito che si facciano con l'ordine seguente: primamente nel Giornale ufficiale della Provincia, in difetto, nel Giornale ufficiale del luogo in cui ha sede la Corte d'Appello, finalmente, altro mezzo di pubblicità mancando, nel Giornale ufficiale del Regno. Sembrò conveniente che le pubblicazioni siano, possibilmente, locali, sul riflesso, che, d'ordinario, risiedono nel luogo coloro i quali hanno più interesse a conoscerle.

Alle disposizioni generali tengon dietro le disposizioni concernenti la competenza, la ricusazione dei Giudici e degli Ufficiali del Pubblico Ministero, e la risoluzione dei conflitti. Le quali parti diverse concordano tutte a stabilire chi di chiascheduna causa debba essere il Giudice legittimo.

Le norme della competenza, distinta, secondo i più noti principii di competenza, per materia o valore, per territorio, per connessione o continenza di causa, sono scritte ed inserite nel Codice di procedura, riservato alla legge sull'Ordinamento giudiziario di provvedere alla costituzione de' Magistrati e delle Magistrature, ordinando gli organi e gli istrumenti richiesti all'attuazione di esso Codice.

Delle norme di competenza sono queste le più notevoli.

I Conciliatori, considerati in questa parte come Giudici, sono competenti per tutte le azioni personali, civili o commerciali, relative a beni immobili il cui valore non ecceda le lire trenta. Vi ebbe chi voleva tolta ogni giurisdizione contenziosa ai Conciliatori, vi ebbe chi la voleva estesa, nelle cause indicate, fino al valore di lire 50. Ma intantochè parve conveniente di conservare e di estendere una istituzione, la quale avvicina il Giudice ai litiganti e rende esigue le spese del litigare, non si credè di esagerarne soverchiamente, fin dal primo esordire, l'importanza. Tanto più che le sentenze dei Conciliatori sono per natura loro inappellabili. Però essendosi data competenza illimitata ai Pretori (1) quanto alle azioni di sfratto in caso di locazione finita, fu consentaneo a ciò che, in via di eccezione, si attribuisce ai Conciliatori di conoscere delle azioni di locazione di beni immobili, se la pigione o il fitto, per tutta la locazione, non ecceda il valore di lire trenta. Il che, del resto, risponde perfettamente allo scopo per il quale i Conciliatori furono istituiti a giudicare.

Dal Codice vennero tolte le disposizioni riguardanti l'esenzione dalle tasse di registro e di bollo delle cause davanti i Conciliatori. Si stimò inutile esprimere una esenzione connaturale alla istituzione, che fu dichiarata solennemente nelle discussioni

(1) Con la legge sull'Ordinamento giudiziario, per le ragioni che saranno svolte nella Relazione apposita, la denominazione di *Giudici di Mandamento* fu mutata in quella di *Pretori*, e la denominazione di *Tribunali di Circondario* in quella di *Tribunali civili e correzionali*, da usare distintamente secondo la materia di cui si tratta.

parlamentari, mentre altronde la tassazione discende dalle leggi speciali sul registro e sul bollo.

La competenza dei Pretori rimane estesa, come nel progetto, a lire millecinquecento, e, come nel progetto, non si fa eccezione quanto alle azioni reali immobiliari. Ambidue questi punti furono segno a disputazioni vivissime, e con ragioni desunte principalmente dal pericolo di confidare cause d'importanza rilevante a Giudice unico, meno esperto e scarso d'ogni sussidio migliore. Però il Ministro riferente, d'accordo con la maggioranza della Commissione, è lieto di poter largheggiare di fiducia intera verso la giovane Magistratura italiana. Le attribuzioni e la importanza dei Giudici minori vennero, ai tempi nostri, aumentando man mano per quella necessità che conduce a progressivo svolgimento le istituzioni vivaci e promettenti. Nelle Provincie meridionali nessun richiamo si mosse mai perchè i Giudici di Circondario si abbiano competenza fino a ducati trecento. La competenza dei Pretori è già accresciuta notevolmente, per autorità di legge, in materie nelle quali si tratta della libertà e dell'onore dei cittadini, onde sarebbe incongruo non allargarla nelle materie civili. Se nel principio alcun traviamento d'inesperienza fosse possibile, la facoltà di appellare illimitata starebbe come presidio e rimedio.

Quanto alla determinazione del valore per riconoscere la competenza, si sono mantenute generalmente le norme consuete. Se non che rispetto al valore delle azioni reali immobiliari, il progetto, conformemente al Codice Sardo del 1859, ammetteva che, quantunque si avessero gli elementi di valutazione prestabiliti, potessero, sia l'attore sia il convenuto, chiedere, nel primo atto del giudizio, che il valore dell'immobile o della servitù fosse riconosciuto mediante perizia fatta da un perito solo nominato dall'Autorità giudiziaria. Questa disposizione parve, com'era veramente, cagione non infrequente d'indugiamenti, di spese, di difficoltà incompatibili con l'indole propria de' giudizi affidati a' Pretori. Parve che avesse da riuscire a creare una causa nella causa, ad aprire una sorgente viva di cavillazioni, a volgere in danno il beneficio dell'essere affidata a' Pretori la cognizione delle cause aventi per oggetto le azioni reali immobiliari. Laonde la disposizione fu eliminata dal Codice, e si stimò partito più sicuro e naturale lo stabilire che si debba aver riguardo sempre al tributo, e che, quando il valore non possa determinarsi con questo elemento, la causa si consideri di valore eccedente alle lire millecinquecento.

Simigliante difficoltà presentavasi quanto alla valutazione della cosa mobile nelle azioni relative a beni di questa natura. Stabilito che il valore sia determinato dall'attore nella domanda; stabilito ancora che, nel difetto di determinazione da parte dell'attore la causa si presuma di competenza dell'Autorità giudiziaria adita, era necessario far facoltà al convenuto d'impugnare il valore o espresso o presunto, e provvedere alle conseguenze dell'impugnativa. Queste disposizioni mancavano nel progetto e sono nel Codice, il quale prescrive, a tal proposito, che, impugnato il valore dal convenuto, il Giudice decida nello stato degli atti se il valore sia nei limiti della sua competenza. Con ciò, imitando quanto era disposto nell'art. 91 del Codice napolitano, si volle evitare la determinazione del valore per istruzioni formali e per perizie, e avvertire il Conciliatore e il Pretore ad avere il valore per indeterminato quando non riescano a persuadersi senz'altro che sia inferiore o a lire trenta o a lire millecinquecento.

Vi hanno cause nelle quali i Pretori sono competenti, qualunque sia il valore. Nel Codice questa competenza illimitata fu mantenuta rispetto a tutte le cause indicate, secondo le idee più ricevute e consentite. E inoltre si aggiunsero le azioni di sfratto per locazione finita, salvo quanto fu stabilito in ordine alla competenza dei Conciliatori. La aggiunta venne suggerita dall'art. 103, n. 7, del Codice napolitano, e, ristretta com'è all'azione di sfratto, promossa quando la durata del contratto non sia più in

questione per aver avuto termine, rimane giustificata pienamente dal considerare quanta prontezza di provvedimenti sia richiesta, massime nei centri popolosi e abituati a scadenze periodiche, per ovviare inconvenienti e pericoli nei casi frequenti di opposizioni e di contrasti.

Le sentenze dei Conciliatori sono per regola inappellabili, stante che l'appello non parve convenire nè alla poca entità della causa, nè alla natura quasi domestica dei giudizi. Queste ragioni non valgono allorchè i Conciliatori giudicano della competenza, e subentrano invece ragioni di pubblico ordine a far ammettere l'appello: nel che non poteva sorgere e non sorse controversia. Ma il Codice deferisce l'appello al Pretore, mentre il progetto lo deferiva al Tribunale di Circondario, ora civile. Il qual principio fu seguito, come vedremo, generalmente ogni qualvolta s'è trattato di sottoporre l'Autorità del Conciliatore all'Autorità giudiziaria superiore. Temevansi forse la rivalità tra i Conciliatori ed i Pretori? Sopra diffidenze non giustificate dai fatti mal si fondano istituti normali e ragionevoli. Forse s'è creduta insufficiente la capacità del Pretore a riconoscere la competenza o l'incompetenza del Conciliatore? Ciò contrasta con le attribuzioni che furono conferite al Pretore come sue proprie. Del resto ripugna all'indole dei giudizi dei Conciliatori l'innestarvi un giudizio d'appello formale, solenne, dispendioso, davanti ad Autorità nel più dei casi lontana.

Della competenza dei Tribunali civili, che sono veramente i giudici ordinari, dei Tribunali di Commercio, delle Corti d'appello, della Corte di Cassazione, non è d'uopo fare discorso, perchè va governata dalle norme ovvie e note. Quanto alla competenza dei Consoli e dei Tribunali consolari istituiti fuori del Regno, e quanto al giudizio sull'appello dalle sentenze loro, furono introdotte modificazioni nel progetto allo intento di coordinare le disposizioni del Codice con la legge consolare sarda 15 agosto 1858 (n. 2984), la quale andrà estesa a tutto il Regno.

Nel regolare la competenza per territorio, attesa l'abolizione dei Tribunali del Contenzioso amministrativo, fu necessario stabilire le norme pei casi in cui sia convenuta una delle Amministrazioni dello Stato, e per le controversie relative alle imposte dirette o indirette. Quando l'Amministrazione sia convenuta, l'azione personale o reale su beni mobili deve proporsi, per regola, davanti l'Autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, o in cui si trovi la cosa mobile, oggetto dell'azione. Nelle controversie relative alle imposte dirette o indirette l'azione, anche quando l'Amministrazione sia attrice, deve essere proposta davanti il Tribunale nella cui giurisdizione è l'Uffizio che deve riscuotere, o che ha riscosso l'imposta.

Statuendo sulla competenza per *connessione e continenza di causa*, il progetto proponeva che le azioni per pagamento di spese giudiziali, di onorari agli avvocati, procuratori e periti, di diritti ai cancellieri, agli uscieri, di salari o mercede ai tipografi e simili, andassero devolute all'Autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che diede occasione ad esse azioni. Questa disposizione sollevò discussione viva nel seno della Commissione, per quanto riguarda le azioni per onorari agli avvocati. La maggioranza della Commissione sostenne il progetto, considerando d'eguale natura le azioni per onorari agli avvocati, e le altre delle quali si parla, sì che valga anche per esse la ragione che l'Autorità giudiziaria, dinanzi la quale fu promossa la causa, sia quella che può meglio apprezzare così il lavoro degli avvocati come il lavoro dei procuratori, dei periti e degli uficiali ministeriali. Alla minoranza della Commissione parve per l'opposto da ammettere la differenza, non tanto per rispettare le tradizioni e le consuetudini di un fòro importante, quanto per ragioni sostanziali, essendo ordinario ad accadere che, mentre i procuratori, i periti e gli ufficiali ministeriali assistono e difendono le parti in un solo grado della causa, gli avvocati, invece, le assistono per tutto il corso della medesima, onde, se dovessero agire con le norme del progetto, sarebbero costretti a promuovere tante cause davanti a Magi-

strature differenti, quanti gradi ebbe a percorrere la causa nella quale prestarono il loro ufficio. Il Ministro riferente, dietro maturo consiglio, ha stimato che fosse da accogliere l'opinione della minoranza, ond'è che nel Codice la competenza speciale di cui si tratta, non è resa comune agli avvocati, pei quali staranno le norme comuni. Però, essendo desiderabile che le cause di somigliante natura vengano evitate possibilmente, e che nei fòri di tutto il Regno si diffondano gli usi e le pratiche migliori, si è fatta facoltà anche agli avvocati di valersi del procedimento economico e intimo che è stabilito per i procuratori, i periti e gli ufficiali ministeriali nell'art. 379.

Circa il regolamento della competenza tra i Giudici e circa i conflitti di giurisdizione, il Codice, seguitando un principio indicato innanzi, si dilunga dal progetto in quanto, deferendo, la domanda pel regolamento all'Autorità giudiziaria immediatamente superiore, non eccettua, come eccettuava il progetto, il caso del regolamento tra Conciliatori per deferirlo, non al Pretore, ma al Tribunale di Circondario. Il Codice con ragione mantiene intatta anche in questo caso la regola, nè dall'averla mantenuta sarà per venire danno all'amministrazione della giustizia.

Due mutazioni ha fatto il Codice al progetto in ordine alla *ricusazione* e all'*astensione dei Giudici e degli ufficiali del Pubblico Ministero*. La prima, coerente anche alle cose esposte or ora, statuisce che la cognizione dei motivi di ricusazione del Conciliatore spetta al Pretore, non al Tribunale di Circondario, ora civile. La seconda riguardante il modo di proporre la ricusazione. Il progetto recava la ricusazione potersi proporsi anche all'udienza, e così pubblicamente, in presenza del Magistrato stesso che si vuol ricusare. Ciò parve contrario al rispetto dovuto alla persona dei Magistrati, e altresì alla considerazione in cui vuolsi tenere la Magistratura. E pertanto il Codice, distinguendo tra il caso in cui al ricusante sia noto il nome dei Magistrati che devono prender parte nella causa, e il caso in cui non gli sia noto, determina che la ricusazione debba sempre essere proposta in termine diverso secondo i casi, con ricorso al Presidente, o, se trattisi di Conciliatore o di Pretore, con dichiarazione depositata alla Cancelleria. Per tal guisa, nè i diritti delle parti sono menomati, nè la dignità della Magistratura trovasi compromessa.

Poteva dubitarsi, stando al progetto, se le disposizioni riguardanti la ricusazione dei Giudici sarebbero applicabili al Pretore allorquando presiede al Consiglio di famiglia. La questione erasi sollevata sotto il Codice del 1859 ed era stata risoluta, anche dalla Cassazione, in modo affermativo. Questa risoluzione parve giusta, atteso che il Consiglio di famiglia costituisce una specie di magistratura domestica. Quindi si stimò conveniente togliere di mezzo ogni dubbio con espressa dichiarazione nel Codice.

Costituite le Magistrature, con le regole della competenza loro, in atto di poter giudicare, il Codice, secondo l'ordine consueto, discende ad ordinar la materia delle citazioni, distinguendo la forma della citazione dal termine per comparire.

Della citazione sono mantenute le due forme, per biglietto e per atto formale. La prima più economica e più semplice, propria delle cause davanti i Conciliatori e delle cause davanti i Pretori fino al valore di lire cento: rispetto alla quale, per ragioni facili a riconoscere ed apprezzare, fu necessario esprimere l'esenzione dalla carta di bollo già stabilita nel Codice del 1859. La seconda, rivestita di tutte le formalità e richiesta in tutti i casi nei quali non può aver luogo la citazione per biglietto.

Della citazione per biglietto fu proprio fin qui, per studio di semplicità e di agevolezza, che non avesse ad indicare l'oggetto della domanda. Ma parve singolare che una citazione, qualunque fosse, potesse mancare della formalità più importante, anzi di uno degli elementi costitutivi. Inoltre, a che sollecitare la comparizione di persona la quale sia o possa farsi credere non preparata alla difesa, e quindi abbia titolo a conseguire dilazioni? Queste considerazioni mossero la Commissione ad avvisare, e il

Ministro riferente ad adottare il partito che anche nella citazione per biglietto s'indichi l'oggetto della domanda.

Quanto alla modificazione delle citazioni alle Amministrazioni pubbliche, fu espresso e accolto il concetto che il Codice dovesse indicare nominatamente i singoli Ufficiali rappresentanti, pel detto fine, le Amministrazioni medesime, e ciò perchè i cittadini trovassero assicurata nel Codice una norma di tanta importanza e non fossero costretti a ricercarla in decreti e regolamenti mutabili. Ma, poichè l'art. 11 della legge sul Contenzioso amministrativo, attuata nel 1° luglio 1865, prescrive certamente, in vista delle possibili e probabili riforme, che il luogo e il modo della citazione delle Amministrazioni siano determinati per regolamento approvato con Decreto Reale, al Codice rimaneva il dichiarare genericamente che, per le Amministrazioni pubbliche, la citazione sia notificata a chi le rappresenta nel luogo dove risiede l'Autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa, riferendosi, per le specificazioni, alle norme stabilite nel regolamento per la esecuzione del Codice.

Essendo detto nel Codice del 1859 che la citazione per la lista civile, il patrimonio privato del Re, della Regina, dei Principi della famiglia Reale, si notificasse al rispettivo Capo d'amministrazione o a chi ne fa le veci, sorse dubbio e fu controverso in giudizio, se colui che tiene veci del Capo a cui notificare la citazione dovesse essere quello del luogo in cui avesse sede il Capo stesso. A togliere il dubbio nel modo più conveniente, fu dichiarato nel Codice che la citazione sia consegnata al Capo d'amministrazione o a chi ne faccia le veci nel Circondario o nella Provincia dove risiede l'Autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa.

Nel provvedere al modo di notificare la citazione allorchè la notificazione non possa farsi alla persona del convenuto, e debba farsi alla residenza o al domicilio o alla dimora di lui, il progetto statuiva che, avendo a consegnare la copia a qualcuno dei vicini, l'Usciere preferisse il più vicino, e che, non trovando persona a cui fare la consegna, affiggesse la copia alla porta della casa o dell'appartamento della residenza, del domicilio o della dimora. Queste disposizioni furono mutate nel Codice. Sembrò che potesse cagionare difficoltà e contestazioni il mettere obbligo all'Usciere di preferire il più vicino tra i vicini del convenuto, e d'altra parte, giova fare la notificazione piuttosto a quello dei vicini che sia in relazione più amichevole col convenuto. Quindi è che l'obbligo fu tolto. Sembrò poi che fosse vana forma quella d'affiggere la copia della citazione alla porta della casa o dell'appartamento, imperocchè siffatte affissioni non durano, e il convenuto o non sa d'essere citato, oppure, sapendolo vagamente, non sa come e dove averne notizia che basti. Conseguentemente, poichè le cautele in simili casi non sono mai soverchie, fu stabilito nel Codice che l'Usciere lasci avviso in carta libera affisso alla porta dell'abitazione del convenuto, e depositi la copia della citazione nella casa comunale o la consegni al Sindaco o a chi ne faccia le veci. Per tal guisa l'affissione dell'avviso tiene luogo dell'affissione della copia dell'atto di citazione, e oltre a ciò il convenuto sa dove avere notizia precisa e dell'essere egli stato citato e dell'oggetto della citazione.

Rispetto alle citazioni de' militari in attualità di servizio, dietro osservazioni fatte dal Ministero della guerra, alle quali si associò il Ministero della marina, fu stabilito che le copie delle citazioni, le quali, consegnate al Ministero Pubblico, erano da questo trasmesse ai Ministeri suddetti, siano invece trasmesse rispettivamente al Comandante militare del Circondario o al Comandante del Dipartimento marittimo in cui abbia sede l'Autorità giudiziaria chiamata a conoscere della causa. Il Ministero riferente accolse di buon grado codesta modificazione, della cui bontà, a vantaggio dei militari e a comodo dell'Amministrazione, i due ministri proponenti apparivano i Giudici migliori. Inoltre le disposizioni che, secondo il progetto, andavano ristrette ai militari in attualità di servizio, furono estese alle persone assomigliate per legge

ai medesimi: e ciò perchè, essendo queste persone soggette alle discipline e ai regolamenti militari, ai traslocamenti repentini e lontani, insomma a tutte le esigenze del servizio militare, è necessario e giusto che siano ordinate a garantia dei loro diritti quelle cautele medesime che sono ordinate pei militari propriamente detti. Del rimanente, dicendosi persone *assomigliate ai militari per legge*, non può rimanere dubbio di quali persone s'intenda parlare, bastando a tale uopo ricorrere ai regolamenti sull'esercito e sulla marina di guerra.

Il sistema della citazione per *editti o proclami* ammesso dal progetto pei casi in cui la citazione nei modi ordinari sia sommamente difficile, fu soggetto di viva discussione. Si impugnò la legittimità di esso, sul riflesso che le forme della citazione sono d'ordine pubblico, e non deve essere lecito trasandarle in vista della difficoltà di citare tutti i convenuti. Inoltre si dubitò se il modo stabilito fosse il migliore e non si potesse sostituirne altro più acconcio. Tuttavia la discussione persuase anche gli opponenti, essendo certo, per una parte, che in taluni casi la citazione per *editti o proclami* è richiesta da una vera ed assoluta necessità, e, per l'altra parte, avendo superato felicemente le prove dell'esperienza il modo con cui essa citazione è ordinata nel progetto, conformemente al Codice del 1859. Infatti la citazione *per editti o proclami* è ammessa soltanto nei casi di somma difficoltà; deve sempre essere autorizzata dal Tribunale o dalla Corte, sentito il Pubblico Ministero, oltre le inserzioni nei giornali, il Tribunale o la Corte possono ingiungere altre cautele, finalmente, quando sia possibile, designano tra i citandi alcuni ai quali la citazione debba essere notificata nei modi ordinari.

Nel capo risguardante il *termine per comparire* in giudizio, i termini furono in generale allungati, parendo conveniente il concedere piuttosto molto che poco alla difesa, massime con la facoltà attribuita al Conciliatore o al Pretore o al Presidente di abbreviare i termini, e anche, secondo i casi, di autorizzare la citazione in via sommaria e ad ora.

Del *procedimento* propriamente detto, cioè del modo con cui le cause sono istruite, discusse e definite davanti le diverse Magistrature, si presentano nel nuovo Codice degni di rimarco i punti seguenti, mutate in parte da quel che erano nel progetto: di quante specie sia il procedimento e che caratteri abbia ciascuna specie; come si propongano e come si decidano gli incidenti, in che modo avvenga la discussione della causa all'udienza, e particolarmente la esposizione del fatto; se e come si stabilisca il fatto nella sentenza; se e come si distinguano le sentenze, con quali forme ed a chi se ne faccia la notificazione.

In capo del titolo IV, che concerne il procedimento, sta nel Codice un articolo che pone sotto gli occhi in compendio la distinzione tra procedimento e procedimento, e le qualità delle cause cui ciascun procedimento si applica. Secondo il progetto, il procedimento dividevasi normalmente in ordinario e a udienza fissa; però davanti i Tribunali di commercio, i Pretori e i Conciliatori, vedevasi sorgere un procedimento sommario, con manifesto turbamento dell'idea fondamentale già concepita. Secondo il Codice, le specie del procedimento sono nettamente due, il formale e il sommario; nè sarà mestieri avvertire che formale è quel procedimento in cui si osservano le formalità, i termini, le prescrizioni tutte stabilite come normali, e che è sommario quello in cui le formalità sono minori, i termini più brevi, le prescrizioni meno assolute. Dal che apparisce, senz'altro, come, almeno secondo il sistema del Codice, il procedimento formale è la regola, e il procedimento sommario è la eccezione, onde, pur mancando disposizione espressa, converrebbe risalire dalle norme del procedimento sommario alle norme dell'ordinario, non viceversa.

Il procedimento formale è proprio dei Tribunali civili, dei Tribunali di commercio e delle Corti d'appello. Il procedimento sommario è proprio dei Conciliatori e dei

Pretori. Però, anche davanti i Tribunali civili, i Tribunali di commercio e le Corti d'appello si osserva il procedimento sommario nei casi determinati dalla legge. E sia l'una sia l'altra specie di procedimento assume modalità speciali secondo la qualità delle Magistrature e la natura delle cause: onde il procedimento formale dei Tribunali di commercio si differenzia dal procedimento formale dei Tribunali civili e delle Corti d'appello, e il procedimento sommario dei Conciliatori e dei Pretori si differenzia dal procedimento sommario dei Tribunali civili, dei Tribunali di commercio e delle Corti d'appello.

Ma le discrepanze particolari non mutano la natura propria dei due procedimenti. Dei quali i caratteri distintivi sono questi, tra altri di minor rilievo; che nel procedimento formale la causa è chiusa prima dell'udienza, perchè deve avere compiuto anticipatamente lo stadio dell'istruire, del dedurre, del conchiudere; e che nel procedimento sommario la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa, sì che all'udienza o si fa, o si compie l'istruzione della causa, eziandio con deduzioni e conclusioni non proposte innanzi.

Discutendosi nel seno della Commissione intorno alle diverse specie dei procedimenti quali erano proposte nel progetto, fu ampiamente esaminato il carattere sopespresso del procedimento formale. Poteva parere, a primo aspetto, dominato da eccessivo formalismo il partito di chiudere la causa prima dell'udienza, e reputarsi più conforme all'indole genuina e primitiva dei procedimenti, rispettata in altri Codici, e specialmente in quelli di tipo francese, che appunto all'udienza si venga delineando ed esplicando la causa mediante il dire e il ridire liberissimo delle parti. Ma presto le apparenze ingannevoli cedevano il luogo alla realtà. Vi hanno è certo giudizi nei quali sarebbe incomportabile ordinare la chiusura della causa: tali i giudizi sorti per incidente nei giudizi principali, tali i giudizi nei quali le parti compariscono personalmente davanti i Magistrati; e in questi giudizi, come quelli che sono d'indole sommaria, la chiusura della causa non fu ordinata, perciò che si discutono a udienza fissa. Ma quando la causa deve istruirsi per iscritto, con comunicazione regolare di documenti, con comparse fatte e comunicate, nei termini prescritti rispettivamente, quando le parti non possono comparire se non col mezzo di procuratori esercenti legalmente: sarebbe dannoso non che inutile, che la causa rimanesse aperta fino all'udienza. Sarebbe dannoso, perchè ciò favorirebbe la negligenza dei procuratori, aprirebbe l'adito alle sorprese meditate, renderebbe meno accurata e meno perspicua la istruzione e la discussione della causa, cagionerebbe spesso dilazioni e ritardi. E tutto ciò senza ragione sufficiente, essendo manifesto che, salvo casi straordinari ai quali soccorrono straordinari rimedi, la causa può essere perfettamente istruita e preparata prima dell'udienza.

Nelle cause in cui il procedimento formale si svolge compiutamente, vale a dire nelle cause davanti i Tribunali civili e le Corti d'appello, non si può, per regola, stare in giudizio che col ministero di procuratore esercente legalmente. Il che fu soggetto di disputa nel seno della Commissione, essendo stato proposto che anche agli avvocati si facesse facoltà di rappresentare le parti, sull'esempio di altre legislazioni e per la considerazione principalmente che, quanto conviene che nelle cause non difficili e non gravi le parti siano rappresentate da procuratori, altrettanto converrebbe che nelle cause difficili e gravi fossero rappresentate da avvocati. La Commissione reputò che la questione involgesse un principio direttivo da essere risoluto nelle leggi organiche sull'esercizio delle due professioni. E il Ministro riferente non esita a dichiarare com'egli stimi che sia da mantenere la distinzione caratteristica tra procuratore ed avvocato, sì che il primo abbia qualità di ufficiale ministeriale, ed il secondo di giureconsulto che consulta, dirige e discute. Altrimenti si riuscirebbe ad avere in sostanza una classe sola di patrocinatori, senza che garantie speciali desi-

gnassero tra essi i più abili e degni, il che per altro non escluderà la convenienza di alcun temperamento provvisorio suggerito dalle speciali discipline esistenti in taluna parte del Regno.

Davanti i Tribunali di commercio le parti possono comparire personalmente; e fin qui poterono comparirvi eziandio col mezzo di procuratore, qualunque egli fosse, ancorchè non esercente legalmente. Onde presso i Tribunali di commercio s'è costituita una classe di patrocinanti, non riconosciuta dalle leggi ed operante come se fosse riconosciuta, con tutti gl'inconvenienti e i pericoli delle condizioni non regolari, non vigilate, non necessarie. Sulla proposta della Commissione pel Codice di commercio, la Commissione opinò che fosse da togliere l'occasione di possibili disordini e danni; e il Ministro riferente non peritossi ad accogliere il voto delle due Commissioni. Quindi il Codice dispone che le parti possono comparire davanti i Tribunali di commercio o personalmente o col mezzo di procuratore legalmente esercente, anche munito, per facilitazione conveniente, di mandato generale. Alla sorte dei patrocinanti attuali, che possono essere degni, fu riconosciuto che si abbia a provvedere con la legge transitoria.

I procuratori anche legalmente esercenti, per rappresentare le parti in giudizio, devono essere muniti di mandato. Questa disposizione fu contrastata nel seno della Commissione. Perchè esigere un mandato espresso da chi ha dalla legge la qualità di rappresentare le parti? Il possesso dei documenti della causa non dovrà forse bastare a guarentigia del mandato per la causa stessa? Ciò è ammesso nella maggior parte delle legislazioni italiane, e non ne seguitarono inconvenienti, e, ad ogni modo furono riparati col giudizio di disapprovazione. Nondimeno la Commissione si pronunciò per il mantenimento della disposizione, e il Ministro riferente non ha trovato ragione sufficiente per dipartirsi dall'avviso della Commissione. Ed invero nel sistema di libertà onde informasi lo esercizio della professione di procuratore, la garantia richiesta va raccomandata da gravi rispetti che facilmente s'intendono. Il rimedio del giudizio di disapprovazione riuscirebbe, nei più gravi casi, insufficiente, e, comunque fosse, val meglio evitare questi giudizi irritanti ed incerti. Di una disposizione generale non avranno a dolersi i procuratori, perchè le leggi sono costrette a premunirsi contro gli abusi, e presupporli. D'altra parte, mantenendo la necessità del mandato di cui si parla, il Codice ha potuto introdurre una facilitazione a modo di correttivo, ed è che allorquando occorra, nel corso del giudizio, un mandato apposito per certi atti, di questo mandato possa tener luogo la sottoscrizione della parte alla comparsa relativa.

Compiuta la istruzione della causa e depositati nella Cancelleria gli atti, questi sono sottoposti dal Cancelliere al Presidente, il quale, secondo il progetto, doveva delegare sempre un Giudice a relatore, e, secondo il Codice, o delega a relatore un Giudice, o dispone che la relazione si faccia dalla parte all'udienza.

La Commissione chiamata ad esaminare se la relazione della causa debba farsi da uno dei Giudici, tenne per l'affermativa con maggioranza notevole. Si considerò che la relazione, a dir così, giudiziale assicuri lo studio più profondo della causa, allontani il pericolo di errori e di sorprese, ponga a nobile e utile cimento l'abilità dei Magistrati, richiami a più severa e più precisa forma la discussione delle parti, insomma adempia meglio a tutti gli scopi che alla relazione si annettono. Nondimeno codesto sistema incontrò gagliardi oppositori da parte di Magistrati rispettabili e da parte di un fôro degno di considerazione per integrità e per sapere, i quali ebbero a preoccuparsi dei ritardi nella spedizione della causa, di una prevalente influenza del relatore nella deliberazione, delle preconcette opinioni mal dissimulate nel riferire, degli effetti delle osservazioni delle parti circa la relazione.

In questo conflitto di opinioni, nessuna delle quali presenta un valore assoluto, parve al Ministro riferente di tener conto della condizione di fatto esistente in diverse

parti del Regno. La qual condizione potrebbe rendere grave e dannoso alla buona amministrazione della giustizia sia l'abolire assolutamente la relazione giudiziale dove fosse accolta, sia l'imporla assolutamente dove non fosse in uso. Imperocchè non si vuole dissimulare che le abitudini, le tradizioni, le costumanze sono la vita degli ordinamenti e degl istituti d'ogni maniera.

Ciò premesso, nello intento di rispettare, da un lato, le esigenze locali, e per avviare, dall'altro, le consuetudini forensi a quella unità che risulta dagli esperimenti della pratica con facilità e senza turbamento, il Codice affida al Presidente l'attribuzione, degna dell'alto ufficio, di determinare se la relazione della causa all'udienza debba essere fatta da uno dei Giudici oppure dalle parti.

Per siffatta guisa, il Presidente, pur conoscendo quale sia il voto del legislatore, potrà tener conto della qualità della causa e delle tradizioni del fôro in cui la causa si agita. Nè, in punto non sostanziale, si avrà a temere che riescano per avventura dannose le differenze, certamente temporanee, da luogo a luogo.

Tra le attribuzioni più importanti del Presidente sono quelle che concernono gli *incidenti*.

Notevoli sono le disposizioni del Codice sugli incidenti, le quali, se invocate con lealtà dalle parti e se adoperate con sapienza dal Presidente, riusciranno per fermo a rendere più disinvolte e spedite, meno costose e meno aspre le liti; più pronti ed efficaci provvedimenti dell'Autorità giudiziaria.

Gl'incidenti si propongono al Presidente, e la comparsa o atto che li propone può contenere la citazione davanti a lui. Se le parti si accordano sulla risoluzione, e non è difficile che si accordino in presenza del Magistrato autorevole, il Presidente provvede senz'altro per la esecuzione; ed ecco risparmiati i dispendi e le lentezze di una sentenza. Se non si accordano, il Presidente rimette le parti ad udienza fissa, oppure, nei casi d'urgenza, risolve l'incidente e dichiara esecutiva l'ordinanza. ed ecco agevolato il giudizio ed assicurata la prontezza maggiore nell'interesse delle parti e della giustizia. Del rimanente, in tal successione di atti procedono brevi i termini, semplici le forme, determinate le cautele ed i rimedi contro le ordinanze risolutive degli incidenti.

Nei termini del progetto (art. 177) la causa veniva in discussione all'udienza con la esposizione del fatto concordata tra i procuratori e depositata nella Cancelleria insieme con gli atti della causa Secondo il Codice invece, l'esposizione del fatto si fa soltanto o dal relatore o dalle parti.

Una grave disquisizione sorgea intorno a tale argomento. Da una parte osservavasi che la concordanza del fatto non fosse punto da richiedere, perchè, nel caso di consenso circa i fatti, riescirebbe inutile, e, nel caso di dissenso, farebbe nascere un'altra causa sovrapposta alla causa. La relazione del Giudice o delle parti all'udienza vien delineando necessariamente i punti controversi sia in fatto sia in diritto, e la sentenza risolve allo stesso modo gli uni e gli altri. Onde nè al giudizio, nè alla sentenza, nè ai mezzi di oppugnarla può mancare nessuno degli elementi richiesti.

Sostenevasi dall'altra parte la necessità di un fatto concordato nel giudizio, riconoscendo bensì che la concordanza abbia a precedere non a seguitare la sentenza. Altrimenti, mancando il fatto, si lascierebbe mancare alla sentenza stessa il suo naturale sostrato e fondamento E poi la Cassazione come potrà ella compiere acconciamente l'ufficio suo ove le fosse tolto ogni modo da affacciarsi al fatto inviscerato che fosse nel diritto?

Gli addotti argomenti non mi parvero abbastanza efficaci a combattere le ragioni che stanno per l'opposta tesi. Quando il fatto giudiziario può emergere lucido e incontroverso dallo scambio delle conclusioni e delle difese, e dalla lotta giudiziaria, e dall'oralità della discussione e dalla motivazione in fatto e in diritto della sentenza,

torna evidente che il sistema delle narrative riescirebbe nelle sue conseguenze pratiche ad una sterile superfetazione feracissima d'indugi e d'inciampi al celere corso dei giudizi, e, quel che più monta di esorbitanti dispendi alle parti contendenti. Nè qui vuolsi tacere che il sistema abbracciato ha per sè la sanzione della esperienza, avendo già fatto le sue prove con ottimo successo in altre legislazioni del Regno, come nel Codice sardo e nel Codice parmense.

La discussione della causa all'udienza comincia con la relazione o fatta dal Giudice o fatta dal difensore dell'attore, con facoltà agli altri difensori di rettificarla. Posto il caso che la relazione sia fatta dalle parti, ove l'Autorità giudiziaria non creda stabilito il fatto sufficientemente, il Presidente nomina un relatore e rinvia la causa. Di tal guisa non sarà per mancare mai la esposizione del fatto bastevole e sobria

Dopo la relazione, i difensori leggono le conclusioni prese rispettivamente nell'interesse delle parti Nei termini del progetto, le conclusioni avrebbero dovuto leggersi innanzi tutto, con ordine meno logico e con manifesto pregiudizio.

Lette le conclusioni, i difensori delle parti svolgono le ragioni su cui sono fondate.

Per siffatta guisa la esposizione del fatto rende intelligibili ed apprezzabili le conclusioni La discussione successiva chiarisce qual fondamento esse abbiano.

Succede alla discussione la sentenza. Il progetto proponeva che, differendo la pronunziazione della sentenza, non potessero i Giudici oltrepassare la udienza quarta. Ad un precetto non avente sanzione, parve miglior partito sostituire la fiducia nel sentimento del dovere e nel rispetto della dignità propria.

Fu rimandato alla legge d'ordinamento, come a sede più acconcia, stabilire il numero dei votanti.

Il Codice di Ginevra ha una disposizione (art. 104) grandemente raccomandata, che prescrive a' Giudici nel deliberare di formolare le quistioni in fatto e in diritto, di votare sopra tutte distintamente, di risolvere le quistioni di fatto prima che quelle di diritto. La disposizione parve buona, ma propria del regolamento piuttosto che del Codice. Nel Codice, tenuta ragione in ispecialità della quistione sulla concordanza del fatto che fu stimato tra i requisiti delle sentenza fosse mestieri indicare non i motivi genericamente, sì bene i *motivi in fatto e in diritto*.

È consueto, almeno in alcune parti d'Italia, che il Giudice relatore si assuma il mandato di compilare la sentenza, ancorchè sia dissenziente dalla maggioranza. Il Codice non tollera questa costumanza, che turba la coscienza del Magistrato e compromette la bontà della sentenza. Per ciò prescrive che, chiusa la votazione, il Presidente designi tra i membri della maggioranza chi debba compilare la sentenza.

Alle cause di nullità della sentenza si aggiunse quella procedente dalla ommessa audizione del Ministero pubblico ne' casi previsti dalla legge. Questa sanzione parve più conveniente all'importanza dell'atto e alla ragione per cui è richiesto. Però si distingue la nullità può opporsi da qualunque delle parti, se le conclusioni erano prescritte per ragione di materia, negli altri casi può opporsi soltanto dalla parte nel cui interesse erano prescritte. A questo modo si evita l'inconveniente del vedersi annullata una sentenza, ancorchè favorevole a quella delle parti nel cui interesse il Ministero pubblico avrebbe potuto conchiudere.

La distinzione delle sentenze preparatorie, interlocutorie e definitive, preparata dalla giurisprudenza e scritta d'ordinario nelle leggi di procedura, non era nel progetto e non è nel Codice. Fu sempre malagevole il riconoscere gli elementi caratteristici della tale e tal'altra sentenza, malagevole ancora il differenziare con esattezza sentenza da sentenza; più ardua ricerca apparve poi il determinare quali delle sentenze non definitive influissero nel merito della causa e potessero pregiudicarlo. Onde una sorgente di controversie, di incertezze e d'inconvenienti senza fine, sia quanto alla notificazione delle sentenze, sia quanto all'appellabilità. Tolta adunque pel no-

vello sistema la distinzione, un modo di notificazione unico vale per tutte, e tutte riescono medesimamente appellabili.

Però, rispetto alla significazione delle sentenze, la prevalenza del sistema più semplice lasciò avvertire maggiore l'importanza di ordinarlo il più acconcio e rispondente ad ogni esigenza, dipendendo da esso e il passaggio della sentenza in cosa giudicata, e l'esercizio valevole della facoltà d'appellare. Ond'è che nel seno della Commissione sollevossi discussione grave, dietro quesito apposito del Ministro riferente. Da un lato si posero innanzi i pericoli del notificare tutte le sentenze ai procuratori, secondo il sistema del progetto, dall'altro si osservarono gli inconvenienti del notificarle tutte alle parti personalmente. Nell'intento di evitare quei pericoli e quegli inconvenienti, la maggioranza della Commissione si accordò in un sistema conciliativo al quale il Ministro proponente non esitava di assentire.

Le parti sono chiamate a dichiarare la residenza o il domicilio che abbiano nel Regno; se non abbiano l'una o l'altra nel Regno, devono e possono in ogni caso eleggere domicilio nel Comune dove risiede l'Autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa, e ciò o nell'atto di citazione o rispettivamente negli atti di costituzione dei procuratori. La elezione o dichiarazione può essere mutata, ma conserva il suo effetto giuridico finchè la mutazione non sia notificata all'altra parte. Alla residenza dichiarata e al domicilio o eletto o dichiarato si notificheranno le sentenze. Mancando la elezione o la dichiarazione, supplisce, com'era necessario, la legge col disporre che la notificazione si faccia al procuratore.

Per somigliante guisa, la legge non impone alle parti una fiducia sconfinata nei procuratori, ma lascia bensì alle parti la facoltà, conveniente e giusta, di riporla in essi mediante la elezione di domicilio presso di loro. La legge riconosce le difficoltà e gli inconvenienti di notificare le sentenze alle parti personalmente, ma, provvedendo a menomarli o toglierli, non priva le parti di questa garantia che esse credano per avventura necessaria.

Il procuratore, l'ufficiale ministeriale, deve poter spedire le copie delle sentenze e delle ordinanze da notificare alla parte contraria a quella patrocinata da lui. Ciò fu proposto nel progetto ed è ordinato nel Codice, sull'esempio delle legislazioni migliori, senza che esso potere sia tolto (ben s'intende) al Cancelliere. L'attribuire ai Cancellieri esclusivamente il diritto di rilasciare le copie ritarda dovunque e in certi luoghi renderebbe pressochè impossibile l'andamento delle cause. Agli interessi della finanza e insieme all'importanza delle copie nei giudizi è provveduto abbastanza con la prescrizione che esse, se spedite dal procuratore, siano autenticate dal Cancelliere.

Mutazioni notevoli non furono fatte nelle disposizioni sulle *spese* e sui *giudizi contumaciali*. Dopo le quali parti, il Codice continua trattando del procedimento sommario davanti i Tribunali civili e le Corti, del procedimento formale e del procedimento sommario davanti i Tribunali di commercio, dei procedimenti, sommari sempre, davanti i Pretori e davanti i Giudici conciliatori. Intorno a queste distinzioni dei procedimenti, motivate o dalla natura della causa o dalla qualità delle giurisdizioni davanti le quali le cause sono portate, è da notare, in generale, che tutti i procedimenti stessi si legano tra loro, in coerenza del concetto logico che il procedimento formale davanti i Tribunali civili e le Corti è il procedimento normale cui conviene ricorrere ogniqualvolta manchino, negli altri procedimenti, disposizioni speciali.

Nel procedimento sommario dinanzi i Tribunali civili e le Corti fu proposto dal progetto ed è mantenuto nel Codice che, anche dopo iniziata la causa con procedimento sommario, l'Autorità giudiziaria possa, richiedendo la natura e le condizioni della causa stessa, ordinare che si prosegua col procedimento formale. Il che può essere ordinato dal Presidente se le parti siano d'accordo. Nel Codice si è aggiunto

che la disposizione sia applicabile anche quando il procedimento sommario sia prescritto da leggi speciali, e nel fare l'aggiunta si tenne riguardo particolarmente alla legge sul Contenzioso amministrativo che prescrive il procedimento sommario in tutte le cause, nelle quali siano impegnate le Amministrazioni pubbliche (art 10), essendo sembrato che, come queste cause possono essere gravi, intricate e difficili al pari delle altre, così convenisse far luogo, anche per le medesime, a quel procedimento che è il normale perchè presenta garantie maggiori di istruzione completa, di discussione ampia, di provvedimenti accomodati ad ogni esigenza.

Nel procedimento appresso i Tribunali di commercio, attesa la natura speciale degli affari commerciali, nei quali è vita la prontezza e la esecuzione immediata inevitabile, inerendo alle osservazioni ed al voto della Commissione speciale pel Codice di commercio, fu introdotta nel Codice di procedura la disposizione nuova che le sentenze nelle cause commerciali, sia in contraddittorio, sia in contumacia, possono, in ogni caso, sull'istanza della parte, essere dichiarate esecutive non ostante opposizione o appello con cauzione o senza Di questa disposizione, rimessa all'arbitrio prudente del Tribunale, hanno da temere solo quei litiganti che impugnano le sentenze per spreggiare gli avversari e sottrarre se medesimi e i beni loro alle conseguenze della esecuzione giudiziale.

I mezzi per impugnare le sentenze andavano divisi, secondo la natura loro, in ordinari e straordinari. Ordinari sono l'opposizione e l'appellazione che hanno luogo in qualunque causa. Sono straordinari la rivocazione, l'opposizione del terzo e il ricorso per cassazione, che hanno luogo soltanto in casi determinati.

Prima di regolare questi mezzi partitamente, il Codice pone innanzi norme che sono comuni a tutti. Riguardano esse norme l'accettazione della sentenza, la natura, il decorrimento e la sospensione dei termini, le conseguenze dell'essere più le parti interessate a domandare la riforma o l'annullamento della sentenza, oppure le parti interessate ad opporsi alla domanda stessa; e, ancora, gli effetti della riforma o dell'annullamento della sentenza rispetto a certe persone che non l'abbiano domandato. Nelle quali parti, osservando il rigore imposto dalla natura degli istituti che erano da regolare, il Codice mira ad allargare il beneficio anche in pro di coloro che non lo invocarono, piuttosto che farlo perdere a tutti per ciò che non fu reso comune ad alcuni.

Ai mezzi ordinari e straordinari d'impugnare le sentenze fu aperta la via. Quindi le correzioni di omissioni o di errori che non producano la nullità della sentenza, e, altresì, l'aggiugnere una conclusione non riferita, ma sulla quale verta il dispositivo, e il correggere, anche nel dispositivo, un errore di calcolo, fu demandato alla stessa Autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza.

Primo dei mezzi ordinari d'impugnare le sentenze è l'opposizione, la quale, secondo il sistema del Codice, è conceduta solamente quando si possa presumere che la parte non abbia avuto notizia della citazione e del giudizio. Conseguentemente non è ammesso a far opposizione l'attore, e neppure il convenuto che sia stato citato in persona propria o citato reiteratamente con forme speciali Conseguentemente ancora, il termine per fare opposizione è quel medesimo che la legge ha stabilito per comparire in giudizio, e l'opposizione può farsi anche scaduto esso termine, sino al *primo atto* di esecuzione della sentenza contumaciale, *se questa non fu notificata al convenuto in persona propria*.

L'appellazione è rivolta a riparare sia l'ingiustizia della sentenza di prima cognizione, sia le omissioni o gli errori commessi dalle parti o dai patrocinanti nel primo giudizio. Laonde, come l'ingiustizia, le omissioni e gli errori possono avverarsi in qualunque giudizio e in ogni sentenza, così tutte le sentenze, salvo eccezioni speciali, sono appellabili: il qual principio rende una verità l'eguaglianza ed elimina le con-

troversie incidenti per determinare il valore. Quindi ancora, nel giudizio d'appello si può svolgere e compiere, anche mediante appellazione incidentale, l'istruzione della causa, fino al limite imposto dal divieto di proporre domande nuove, le quali domande, come è chiaro, costituirebbero una causa nuova.

Il termine ad appellare è stabilito variamente, secondo che trattisi di sentenza dei Pretori o dei Tribunali giudicanti in materia commerciale (nel qual caso è di trenta giorni), oppure di sentenze dei Tribunali civili in materia civile (nel qual caso è di sessanta giorni). Si ebbe riguardo, nel determinarlo, alla natura delle cause e alla qualità delle giurisdizioni.

Come abbiasi a proporre l'appellazione sia principale, sia incidentale, quali atti abbiansi da presentare, quali siano le conseguenze delle irregolarità, è stabilito con norme chiare e precise. Queste norme sono animate, quando era utile, dalla larghezza maggiore, come la norma per cui l'appello incidentale è ammesso anche dopo scaduto il termine per appellare; e sono animate, quando era necessario, da giusto rigore, come le norme per cui si impone il rigetto dell'appello, quando l'appellante non presenti i documenti necessari o non comparisca secondo i casi.

Nel giudizio di appello non si ammette, per regola, intervento in causa, perchè troppo facilmente la causa potrebbe assumere carattere di novità. Si fa eccezione per l'intervento ordinato dall'Autorità giudiziaria, e per l'intervento di chi abbia diritto a formare opposizione di terzo; nel primo caso intendendosi che l'intervento non sarà ordinato se non per istruzione necessaria, e nel secondo, che l'intervento valer debba soltanto ad impedire che il terzo possa ricevere nocumento dalla sentenza.

Le disposizioni del Codice riguardanti il rinvio della causa dai Giudici d'appello ai primi Giudici, mirano a procurare, per una parte, che la causa non sia privata del primo grado di giurisdizione, e, per l'altra, che il giudizio di merito non si rinnovi davanti i primi Giudici quando fosse già stato esaurito.

Speciali norme sono prescritte pei casi in cui si contenda di competenza. In appello non si può conoscere del merito della causa, ancorchè siasene conosciuto in prima istanza, se si dichiari l'incompetenza dei primi Giudici. E ciò perchè, dichiarata l'incompetenza, il giudizio di prima istanza si considera come non avvenuto.

La rivocazione, mezzo straordinario, non è ammessa, per regola, quando si può far uso del mezzo ordinario dell'appellazione. In conseguenza si possono impugnare con la rivocazione le sentenze pronunciate in contraddittorio o in contumacia, con diversità di casi, dalle Autorità giudiziarie pronuncianti in grado di appello; e le sentenze pronunziate in prima istanza, comprese quelle de' Conciliatori, solamente quando siano trascorsi i termini per far opposizione o per appellare.

La rivocazione può essere proposta innanzi agli stessi Giudici che hanno pronunciato la sentenza, atteso che la sentenza non si impugni come ingiusta, ma, generalmente, come conseguenza di fatti non imputabili al Giudice.

Pertanto il progetto non ammetteva che tra i casi di rivocazione potesse essere l'errore di fatto risultante dagli atti e dai documenti della causa. Ma questo caso è ristabilito nel Codice qual era nel Codice sardo del 1859, sembrando che il Giudice, anche incolpevolmente, possa cadere in un errore di fatto materiale, e che, cadutovi, debba spettare a lui, meglio che ad altri il riconoscerlo e ripararlo.

La sentenza, come per appellare, così per ricorrere in rivocazione, si distingue in capi: *tot capita, tot sententiæ*. E, impugnato alcuno soltanto de' capi, rimangono fermi gli altri tutti, salvo i dipendenti da quello.

Il termine per proporre la rivocazione è uguale al termine per appellare. Però il punto di partenza diversifica nei casi in cui la rivocazione dipende da circostanze o da fatti che fossero stati ignoti.

Per proporre domanda di rivocazione conviene depositare una somma che, in caso

di soccombenza si perde a titolo di ammenda o di multa. La domanda di rivocazione non sospende la esecuzione della sentenza impugnata. Ne' giudizi di rivocazione conclude il Ministero pubblico. Sono conseguenze dell'essere il rimedio straordinario, e della importanza che ha il giudizio rispetto all'autorità compromessa della cosa giudicata.

Alcuni Codici, tra i quali il Codice sardo del 1859, non ammettono l'*opposizione del terzo*, presumendo che al terzo, per evitare che lo pregiudichi una sentenza pronunciata tra altre persone, basti il far uso dell'eccezione che la sentenza fu *res inter alios judicata*.

Ma l'esperienza ha dimostrato che il rimedio di questa eccezione non è sufficiente. Senza discendere nei particolari, basti osservare che l'eccezione sta dentro i limiti della difesa mentre al terzo potrebbe interessare d'agire. Valga, per esempio, il caso accennato dal Codice di sentenza che si voglia impugnare dai creditori per collusione esercitata a loro danno.

L'opposizione del terzo non sospende l'esecuzione della sentenza, salvo quando i diritti del terzo possono essere pregiudicati. Il terzo nel proporre l'opposizione, deve depositare una somma che, in caso di soccombenza, egli perde a titolo di ammenda o di multa.

Trattandosi nell'opposizione del terzo di interesse meramente privato, le conclusioni del Ministero pubblico non sono richieste.

Supremo dei mezzi straordinari per impugnare le sentenze è il ricorso per Cassazione. Intorno al mantenere e al regolare questo istituto non fu mossa discussione, sia perchè parve che costituisca del Codice uno di quei principii direttivi intangibili, e non mutabili a mente dell'art. 2 della legge del 2 aprile, sia perchè l'ordinamento della Magistratura suprema deve formare argomento di appositi studi raccomandati espressamente dal Parlamento.

Il sistema della Cassazione fu ordinato, col rinvio, in caso di annullamento della sentenza, ad altra Autorità giudiziaria del grado di quella che pronunciò la sentenza impugnata; il che toglie potestà alla Cassazione di mescolare e quasi corrompere il criterio di Giudice del diritto col criterio di Giudice del fatto. Che se l'altra Autorità giudiziaria pronunci come la prima, la Cassazione decide a classi riunite, e, se annulli di nuovo, fa un nuovo rinvio; dopo il quale l'Autorità giudiziaria a cui è fatto, rimane obbligata di conformarsi, nel caso, al giudizio della Cassazione, per la necessità di porre irrevocabilmente un termine alla lite senza l'intervento dell'Autorità legislativa.

I casi di Cassazione sono scolpitamente e tassativamente stabiliti dalla legge, e corrispondono allo scopo dell'istituzione

I termini pel ricorso in Cassazione sono più lunghi che i termini per qualunque altro giudizio, tenuta ragione delle più gravi conseguenze che ne promanano.

Il pubblico Ministero presso la Corte di Cassazione, trascorsi i termini assegnati alle parti o fatta da questi la rinuncia al ricorso; può ricorrere ei stesso, ma nel solo interesse della legge, senza che le parti possano giovarsi dell'annullamento, ove accada.

Davanti la Cassazione le parti sono rappresentate da avvocato ammesso a patrocinarvi non da procuratore. Anche l'avvocato deve essere munito di mandato speciale pel giudizio del quale si tratta

Il ricorso che manchi dei requisiti richiesti è dichiarato inammessibile. Questo giudizio sulla ammessibilità del ricorso, senza alcune legislazioni, e, tra altre, secondo il Codice del 1859, viene fatto da una Sezione speciale appellata *dei ricorsi*. Il Codice non ammette questo esame preliminare che assume impronta di doppio ufficio posto a riscontro col giudizio di Cassazione, che reca ritardi e dispendi, che

può compromettere con giudicati contraddittorii a quelli della Sezione civile l'autorità della Corte di Cassazione, che infine non è necessario; del che rendono testimonianza le Provincie napolitane, la cui Corte di Cassazione, dal 1819 in poi, ebbe a funzionare egregiamente senza il sussidio della sezione dei ricorsi, non facendo luogo a sconci, ad inconvenienze, o richiami di sorta.

Non è da dire se, ne' giudizi di Cassazione, il Ministero pubblico concluda. Anzi, tra i requisiti della sentenza, per riguardo giusto all'altezza dell'ufficio e all'osservanza che deve meritare, è che sia indicato se le conclusioni del pubblico Ministero furono conformi o no alla sentenza stessa

Col giudizio di Cassazione, che corona il procedimento propriamente detto, si compie il primo libro del Codice.

LIBRO SECONDO

La legge provvede a che il diritto sia riconosciuto, con solenne forma, o nei contratti stipulati per autorità pubblica o nei giudizi che dei contratti prendono il luogo, e provvede altresì perchè, nei giudizi, sia pronunciata determinatamente la condanna di coloro che disconobbero il diritto risultante da contratto oppure da altro titolo o condizione giuridica.

Ma tutto ciò riuscirebbe vano, se, non prestandosi la parte obbligata all'esecuzione volontaria di quanto fu dichiarato e stabilito, la legge rimanesse impotente a far valere la propria autorità, nonostante la persistente resistenza dei privati. Quindi il rimedio supremo e necessario dell'esecuzione forzata, detto dai giureconsulti inglesi antichi *fructus et finis legis*, per esprimere che, mancando esso, la legge rimarrebbe senza frutto e senza scopo.

La esecuzione forzata è tra le parti più rilevanti della legislazione, perchè presenta difficoltà gravi sia d'ordine privato e pubblico, sia di ordine economico. Assicurare, da una parte, il diritto del creditore; mantenere dall'altra il rispetto dovuto alla condizione e agl'interessi del debitore; regolare l'uso della forza, sì che diventi ausiliatrice e compimento del diritto; conciliare la garantia del credito e le garantie della proprietà, rendendo armonico il loro concorso a costituire e svolgere la pubblica ricchezza; tali sono i precipui problemi a sciogliere.

Intorno ai quali problemi si affaticano di lunga mano le legislazioni, la giurisprudenza, la dottrina, nel campo rispettivo, senza che siasi venuto a conclusioni e concetti immuni di vizi, ed accolti da unanime consentimento. Nè qui fia vano il ricordare come, a mo' d'esempio, Napoli lamenta le interminabili questioni di perizia, la Lombardia si impiglia ad ogni piè sospinto nell'intervento del Giudice in ogni atto del procedimento esecutivo, la Toscana si aggira nel sistema della perizia nel principio e dell'aggiudicazione nel fine della procedura esecutiva, finalmente le Provincie antiche, e con esse le Provincie dell'Emilia, dell'Umbria e delle Marche, dopo l'attuazione del Codice sardo del 1859, vedono costretto il creditore spropriante a fare una offerta, ed esposto ad acquistare, suo malgrado l'immobile del debitore.

Nell'ordinare il procedimento esecutivo nel Codice nuovo si ebbe cura di evitare almeno gl'inconvenienti più gravi segnalati altrove. E inoltre si procacciò di semplificare le forme, diminuire gli atti, agevolare il lavoro così del Magistrato, come di tutti coloro che concorrono all'amministrazione della giustizia.

Le *regole generali* dichiarano quali siano i titoli aventi il carattere esecutivo, e in che forme abbiano ad essere spediti, e da chi Nella qual parte non si discostano, o poco, dalle norme consuete. Fu esaminato se dovesse attribuirsi forza esecutiva alle scritture private, massime ora che sono atte a costituire ipoteca, sull'esempio della legge toscana che attribuisce forza esecutiva alle scritture private che non siano rico-

nosciute da notaro. Ma ciò non fu ammesso, sembrando troppo necessario che la forza esecutiva non possa essere conferita se non agli atti che emanino direttamente da Uffiziali pubblici.

Tra le *regole generali* merita considerazione questa, sebbene già scritta nel Codice del 1859, che il creditore può valersi cumulativamente dei diversi mezzi di esecuzione autorizzati dalla legge. Alcune legislazioni hanno respinto il sistema della cumulazione, come troppo severo e troppo dannoso al debitore, il quale per un debito anche piccolo trovasi esposto a vedere assalita e compromessa tutta quanta la sua fortuna, e, talvolta, persino la libertà personale, con manifesta diminuzione o perdita di quei mezzi stessi che altrimenti avrebbero potuto bastargli all'adempimento della sua obbligazione. Nondimeno, la regola adottata dal Codice sembra giusta e più conforme a quella efficacia assoluta che l'esecuzione legittima deve improntare contro il debitore inadempiente agli obblighi suoi. Conviene che il creditore trovi modo da vincere la mala fede; che, stringendo il debitore da ogni parte, riesca a conseguire il pagamento, che sia impedito lo spettacolo di debitori i quali, mentre l'esecuzione si esercita sopra certi beni, disperdono o sottraggono gli altri impunemente. L'esperienza ha dimostrato la necessità di questo rigore.

Però, nel provvedere agli interessi del creditore, conviene che la legge non neghi protezione e assistenza al debitore. L'esecuzione cumulativa può essere l'effetto di animadversione ed astio del creditore, ed anche di abusi degli Uffiziali incaricati del procedimento. A questi casi provvede la legge, statuendo che se la cumulazione risulti eccessiva, l'Autorità giudiziaria può restringere il procedimento al mezzo di esecuzione che sia scelto dal creditore, o, in difetto, determinato da essa. Inoltre l'Autorità stessa può anche condannare il creditore al risarcimento dei danni.

Delle controversie sulla esecuzione sono chiamati a decidere il Tribunale di Circondario, ora civile, e il Giudice di Mandamento, ora Pretore, del luogo dell'esecuzione, non i Tribunali commerciali, salvo una eccezione peculiare, e non i Conciliatori.

Rispetto ai Tribunali di commercio, quanto è conveniente che i Tribunali stessi giudichino anche delle controversie sull'esecuzione, quando la questione cada sull'esistenza, sull'entità o sull'interpretazione di un'obbligazione commerciale, materia propria della competenza loro, altrettanto sarebbe irregolare che giudicassero generalmente di tutte le questioni concernenti l'esecuzione delle loro sentenze, imperocchè, per simil modo, uscirebbero manifestamente dal campo speciale della loro competenza.

Quanto ai Conciliatori, si considerò i Conciliatori essere Giudici di natura speciale, non doversi, per ciò, commettere ai medesimi attribuzioni troppo gravi od esorbitanti dall'Ufficio loro, tra le quali attribuzioni essere certamente quelle che riguardano i giudizi esecutivi.

Regolando l'esecuzione sui beni mobili, il Codice stabilisce una norma fondamentale coerente al principio generale già discusso della cumulazione dei diversi mezzi di esecuzione, ed è che il pignoramento si può estendere a tutti i mobili del debitore che si trovano presso lui o presso terzi, e alle somme al medesimo dovute. Della quale norma è evidente la ragione ora che, come vedremo, fu tolta la preferenza o privilegio al creditore pignorante sul prezzo in distribuzione, sì che può riuscire necessario l'estendere il pignoramento e procacciare al concorso più abbondante materia. Però il Codice pone un temperamento affidato all'arbitrio prudente dell'Autorità giudiziaria, potendo questa ridurre il pignoramento secondo le circostanze, quando risulti evidentemente eccessivo.

Il progetto, nel provvedere alla assegnazione e alla distribuzione del danaro ricavato dalla vendita mobiliare, ammetteva la vecchia massima: *le premier saisissant est le*

premier payé, stabilendo sull'appoggio di essa un privilegio vero in favore del creditore pignorante.

L'articolo 651 del progetto, conforme in sostanza all'articolo 780 del Codice del 1859, disponeva: « il creditore pignorante è preferito agli altri creditori non privilegiati pel conseguimento del credito per cui avrà fatto procedere validamente all'esecuzione mobiliare in conformità delle disposizioni dei capi precedenti. Fra più creditori che abbiano fatto pignoramento congiuntamente, la distribuzione si farà per contributo ».

Intorno a questo privilegio vivamente si disputò nel seno della Commissione, e fu deliberato di non mantenerlo. Si disse dai sostenitori del progetto che esso privilegio aveva origine e fondamento giuridico negli assiomi: *Jura vigilantibus subveniunt; Qui prior est in tempore, potior est in jure*, e che a questo si aggiungeva la convenienza e la necessità di impedire, per bene privato e per bene pubblico, che qualunque creditore, ignorando il numero dei concorrenti possibili e temendo di non rimanere pagato, malgrado le sollecitudini della procedura assunta, si induca a pignorare tutti quanti i beni del debitore, non quelli soltanto che basterebbero a pagar lui.

D'altra parte si osservava come le argomentazioni addotte mal riuscissero a stabilire che il privilegio di cui si tratta sia conforme ai principii. I principii affermano che i privilegi derivano dalla natura intima e sostanziale del credito, non da una circostanza estrinseca ed accidentale ad esso. Che se dal non essere riconosciuto questo privilegio possono derivare inconvenienti, non sarà lecito per solo studio di evitarli offendere i principii. Tanto più che l'offesa dei principii porta sempre seco inconvenienti maggiori, sebbene o meno apparenti o più remoti.

La deliberazione della Commissione pel Codice di procedura civile fu trasmessa alla Commissione pel Codice civile, affinchè questa esaminasse se per avventura paresse opportuno inserire nel Codice civile una somigliante disposizione come di sede più propria, trattandosi di un privilegio da istituire. Ma la proposta non incontrò favore, perchè il privilegio non fu ammesso.

Confortato da questi voti autorevoli, il Ministro riferente non esitò ad approvarne l'espressione. Ond'è che tutti i creditori, il pignorante ed i non pignoranti, saranno in condizione eguale, salvo che abbiano alcuna delle cause di preferenza stabilite dal Codice civile.

Nel sistema del progetto, come insegna l'esperienza, appena il debitore ha scossa la fortuna, ciascuno dei creditori s'affretta ad agire per procurarsi il privilegio della diligenza. Invece di procedere d'accordo, procedono separatamente. La gara manda in rovina il debitore, accumulando le spese. I creditori più degni di riguardo, le vedove, i minori, gli assenti, si veggono primeggiati da creditori più destri, operosi ed informati.

Per l'opposto il sistema del Codice si presenta ad un tempo più giusto e più vantaggioso sia ai creditori sia al debitore. Il pignoramento si reputa fatto nell'interesse comune di tutti i creditori, tutti i creditori, salvo i privilegiati, sono collocati allo stesso grado, i primi a pignorare non conseguono un privilegio come prezzo in certo qual modo della loro diligenza o della loro durezza. E i debitori sono meno esposti a procedimenti precipitosi e molteplici.

Però se intervengano in causa altri creditori pretendenti dopo la vendita e prima che sia stato determinato lo stato di assegnazione o ripartizione, essi non possono partecipare alla ripartizione in pregiudizio dei creditori instanti e degli altri che fecero opposizione prima della vendita, salvo sempre i diritti di privilegio. La quale dichiarazione in favore dei creditori che promuovono e costituiscono il giudizio e ne corrono fin da principio tutte le eventualità, è giustificata dalla convenienza di punire la negligenza sempre colposa e talvolta dolosa di coloro i quali presumessero di

profittare del giudizio solamente quando le sorti del medesimo fossero assicurate.

Tra le esecuzioni forzate la più importante e la più difficile da regolare è quella che cade sui beni immobili. Questi beni possono appartenere al debitore o ad un terzo. Sopra questi beni si intrecciano diritti molteplici dei creditori. L'aggiudicatario acquistandone la proprietà assume rispetto al debitore e rispetto ai creditori una condizione giuridica speciale. Conviene che il legislatore, nel conflitto d'interessi e di diritti che spesso si combattono, ponga ogni maggiore studio alla conciliazione dei contrari, e in ogni caso attribuisca la prevalenza al più degno degli interessi nell'ordine privato e nel pubblico.

Ben potremo affermare essere stato questo l'argomento principalissimo degli studi e delle meditazioni così della Commissione, come del Ministro.

Il progetto ministeriale nel divisare il sistema da tenere quanto alla determinazione del prezzo su cui aprire l'incanto e quanto alle conseguenze dell'incanto stesso, seguitando le orme del Codice sardo del 1859, proponeva (art. 663) che il creditore istante offrisse un prezzo non minore di cento volte il tributo diretto verso lo Stato, e offrisse di pagare il prezzo stesso secondo gli ordini del Tribunale.

Reso tollerabile dalle abitudini e da speciali condizioni nelle antiche Provincie, questo sistema aveva sollevato richiami vivissimi nelle Provincie nuove in cui era stato attuato il Codice del 1859. Dei quali richiami si facevano interpreti taluni dei deputati nella discussione parlamentare. Ond'è che il Ministro riferente ne fece argomento di quesito apposito alla Commissione.

Nel seno della Commissione si riconobbe tosto che il sistema del progetto non andasse immune da gravi vizi ed obbietti.

Si ebbe a notar primieramente come il divisato sistema venisse in aperto contrasto col noto principio del non potersi costringere il creditore ripugnante a ricevere l'*aliud pro alio*: di che seguirebbe che il creditore, cui mancasse il volere o il potere di fare l'acquisto, andasse ridotto all'inazione oppure a sacrificare il proprio credito specialmente ai creditori meglio forniti di mezzi o d'iniziativa; che d'altra parte essendo il catasto regolato in modo diverso nelle varie parti del Regno; e talvolta mancando affatto, la norma prefissa, sarebbe riuscita a perniciosa disuguaglianza tra provincia e provincia, e in certi luoghi, nei quali il tributo fosse elevato, avrebbe reso poco meno che impossibili le espropriazioni. Questi inconvenienti sostanziali e gravi non potevano essere compensati dal vantaggio di avere offerto un prezzo e di evitare per tal guisa gl'incanti a ribasso e l'aggiudicazione dell'immobile in natura.

Pertanto restavano in presenza il sistema che ha nome della *mise à prix* o apprezzamento da parte del creditore stabilito dal Codice di procedura del 1806 e confermato dalla legge modificatrice del 2 giugno 1841, secondo cui il creditore, come dichiarò la giurisprudenza, può assegnare all'immobile qualunque prezzo, e il sistema di far procedere alla perizia dell'immobile, di aprire l'incanto sul prezzo della perizia, e, in caso di diserzione dell'incanto, di fare l'assegno o l'aggiudicazione dell'immobile ai creditori, oppure di mettere l'immobile in amministrazione, accolto, con variazioni più o meno importanti, dal Regolamento lombardo, dal Codice parmense, dalla legge napolitana del 29 dicembre 1828, dal Motuproprio toscano del 7 gennaio 1838.

Sebbene il sistema dell'apprezzamento da parte del creditore siasi mantenuto fin qui nelle leggi francesi, e sia stato accolto eziandio nel Codice di Ginevra preparato dall'illustre Bellot, nondimeno esso parve remoto troppo ed alieno dalle consuetudini delle diverse parti del Regno. Al quale proposito non poteva dimenticarsi che, introdotto nel Codice di Napoli del 1819, era stato abbandonato con la legge citata del 1828. Del resto nella stessa Francia non passarono inosservate le inconvenienze e gli sconci del sistema. La legge permette l'aggiudicazione dell'immobile al creditore

espropriante nel caso che manchino offerenti all'incanto (trovasi scritto sostanzialmente così in opera premiata dall'Accademia delle scienze morali e politiche). Questo cagiona la ruina dei proprietari e perdite gravi ai creditori che non sono primi di grado. La morale non consente che un creditore possa trarre a rovina il proprio debitore, avventurando i beni di lui ad incanti derisorii. Il principio che la vendita cessa di essere legittima quando havvi lesione, dovrebbe reggere le vendite giudiziali come regge le altre. « Se ciò fosse (sono parole degne di ricordo) i Tribunali non « soffrirebbero quotidianamente il rammarico di essere costretti ad aggiudicare im« mobili di valore rilevante per un prezzo minimo con la rovina di famiglie riguarde« voli e sventurate » (1).

Il sistema della perizia preliminare all'incanto presentavasi come più cauto e giusto, circondato di garantie sufficienti per ogni interesse e per ogni diritto, avvalorato di precedenti legislativi autorevoli e nazionali. Tuttavia sorgevano informazioni irrefragabili a chiarire che nelle Provincie napolitane il sistema della perizia fu sorgente inesausta di contestazioni, di dispendi, d'indugi infiniti che corrompono e rendono intollerabile la legge del 29 dicembre 1828, senza che non si eviterebbe l'inconveniente che, aperto l'incanto sul fondamento di un prezzo non offerto da alcuno, ove l'incanto riuscisse deserto, rimarrebbe secondo la conseguenza più naturale del sistema, l'immobile da assegnare in natura. Il quale assegno riproduce sotto altra forma l'inconveniente che il creditore sia costretto a ricevere cose invece di danaro, e per soprassello gli sconci della comunione forzata tra i creditori e della necessità di ritentare la vendita.

Lo esame comparativo dei vari sistemi vagliati con critica severa e coscienziosa condusse all'adozione di un sistema misto, rivolto ad emendare e temperare i vizi di altri sistemi più assoluti, dando al problema sì complesso e grave la soluzione più acconcia a raggiungere gli alti fini d'un buon sistema di espropriazione forzata.

Movendo dal concetto semplice e indisputabile, essere grandemente utile che si abbia sino dagl'inizi del procedimento un prezzo offerto, al quale, altro prezzo mancando, l'immobile rimanga venduto all'offerente senza riescire nè ad incanti a ribasso, nè ad aggiudicazione in natura, venne fatta facoltà al creditore istante di presentare l'offerta nell'atto di citazione: senonchè consideravasi che ammettere un'offerta qualunque senza limitazione d'un minimo condurrebbe di leggieri al fatto non infrequente di offerte nè serie, nè giuste, il perchè all'offerta si è prefinito un limite estremo di bassezza, il quale rappresenta la cifra di sessanta volte il tributo diretto verso lo Stato, se si tratti di beni dei quali il debitore abbia la piena proprietà, o in proporzione se si tratti di beni sui quali il debitore abbia altri diritti reali (art. 663). Per siffatto modo il creditore sarà allettato a fare, quando il possa, un'offerta certamente non esagerata rispetto al valore effettivo dell'immobile, l'incanto succederà a cimentare l'offerta stessa; e quando l'incanto non riesca, l'immobile rimarrà venduto ad un prezzo inferiore per avventura al valore effettivo dell'immobile, non mai nè illusorio, nè iniquo.

Ma, data al creditore la facoltà di fare l'offerta, si doveva prevedere che egli non possa farla o non voglia. In questo caso rimaneva partito unico la perizia, domandata ed eseguita con la semplicità maggiore e sciolta dalle pastoie dei reclami senza fine sul valore dell'immobile, come quella che non è decisiva ma dimostrativa soltanto (articolo 664). Se l'incanto segua dietro la perizia e senza l'offerta, e se all'incanto non si presentino offerenti, per evitare la conseguenza non giusta e non conveniente dell'assegno in natura, si procederà a tante rinnovazioni successive dell'incanto con

(1) Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile; Mémoire sur la réformation de la justice.*

ribasso, quante occorrono a procurare la vendita (art. 675 capov.). Di tal guisa si ha la perizia senza i principali inconvenienti della perizia: si ha convertito il fondo in danaro evitando l'assegno, che è partito non legittimo, perchè porge cosa invece di danaro; e non decisivo, perchè pone i creditori in una comunione impossibile a durare.

Nondimeno, come il fatto di una offerta risparmia indugi e spese, evita la possibilità d'incanti ripetuti, e assicura un prezzo generalmente ragionevole, così il legislatore ha dovuto mostrare per essa la sua preferenza e lasciarle aperta ampiamente la via. Quindi è che, anche dopo domandata la nomina del perito, non solo il creditore istante, ma anche ogni altro creditore iscritto può impedirla e impedire con essa la perizia, col fare, finchè il perito non sia nominato, l'offerta di cui si è parlato superiormente (art. 664, capoverso 4). Fu esaminato se l'offerta si dovesse ammettere ancora dopo fatta la perizia, o almeno anche dopo nominato il perito e prima che avesse iniziato i lavori, ma sembrò necessario mettere un limite preciso alla ammissione della perizia, e conveniente che questo limite fosse nel primo atto fatto in proposito dall'Autorità giudiziaria.

Al sistema accolto nel Codice vanno coordinate tutte le disposizioni di ordine secondario.

Nel progetto, come generalmente in tutti i Codici, non era provveduto in modo speciale alla spropriazione de' diritti reali immobiliari, ritenendosi che questa potesse seguire senz'altro le regole o della spropriazione dei beni mobili o della spropriazione de' beni stabili. Ma poichè la legge napolitana del 29 dicembre 1828, tuttavia vigente in quelle Provincie, reca in proposito disposizioni che entrano con utilità nelle consuetudini delle Provincie stesse, e poichè, riconosciuto dal Codice civile il contratto d'enfiteusi, accadrà necessariamente che s'accresca il numero e l'importanza dei diritti reali immobiliari, fu stimato che convenisse tôrre ad esempio la predetta legge napolitana e accomodarne le norme all'economia del Codice. Conseguentemente furono prefisse le basi per misurare l'offerta del creditore istante o di altri creditori iscritti pigliando norma dalle disposizioni del Codice civile circa l'affrancazione del fondo enfiteutico (art. 663), si prescrisse quali menzioni speciali debba contenere la sentenza che ordina la vendita (art. 666), e quali requisiti debba avere la sentenza portante la vendita (685).

Abusando della facoltà fatta generalmente a chiunque di offrire all'incanto per persona da nominare, presso alcuni Corpi giudiziari si è costituita una classe di individui che del concorrere agl'incanti per poi rivendere sul fare una speculazione riprovevole e pericolosa. Costoro si sono insignoriti degli incanti pubblici, allontanando ogni altro concorrente con gare che riescono rovinose, sì che nessuno può comperare se non da loro. La qual cosa pregiudica grandemente il debitore e i creditori.

Il nuovo Codice di procedura non poteva tollerare la persistenza di questo disordine. Perlochè dispone che soltanto i procuratori legalmente esercenti possano offrire all'incanto per conto di persona da dichiararsi (art. 672, capov. 1).

Dopo la vendita dell'immobile all'incanto, il progetto ammetteva come normale l'aumento del *sesto* sul prezzo della vendita, e, inoltre, concedeva facoltà al Tribunale di autorizzare, secondo le circostanze, anche l'aumento del *mezzo sesto*. I quali aumenti, bene s'intende, avrebbero fatto luogo ad un incanto nuovo. La vendita successiva a questo incanto, nel progetto, era detta definitiva. Tuttavia il carattere definitivo sarebbe scomparso se si fosse proposto un aumento ulteriore del *quarto*.

La Commissione fece plauso all'intento che gli autori del progetto si erano proposti di accrescere quanto era possibile il prezzo da distribuire. Tuttavia ha stimato che il rendere troppo precari gli effetti dell'incanto, e il tenere troppo a lungo incerta la conclusione terminativa di esso, potesse nuocere anzichè giovare. Se coloro che sono

disposti a concorrere all'incanto sanno che gli esperimenti primi sono poco meno che vani, si asterranno da questi esperimenti e riserveranno l'intervento loro ai successivi; il che, per lo meno, procurerà perdite inutili di tempo e di spese Quindi, non potendosi con sicurezza escludere qualunque aumento, fu deliberato che si avesse ad ammettere un aumento solo, e che avesse ad essere ***non minore del sesto sul prezzo della vendita*** E questo è il sistema consecrato dal Codice (art. 680)

Il ***giudizio di graduazione*** succede al giudizio di spropriazione per compiere l'opera a cui intende la legge.

Togliendo norma dalla Legge francese del 21 maggio 1858, in virtù della quale fu mutato, tra altri, l'art. 749 di quel Codice di procedura, il Codice nostro stabilisce che nei Tribunali, nei quali lo richieda il bisogno del servizio, l'istruzione dei giudizi di graduazione sarà affidata a uno o più Giudici delegati annualmente con Decreto Reale, dovechè, negli altri Tribunali, la delegazione si farà giudizio per giudizio con la sentenza che ordina la vendita (art. 708).

Questa medesima riforma fu nella Francia proposta ed ammessa per consiglio e per voto degli uomini più competenti. E fin qui l'esperienza ha corrisposto all'aspettativa Nè può essere altrimenti, se la scelta del Giudice delegato sia fatta convenientemente. Imperocchè l'abitudine, la persistenza, appositi studi giovano grandemente a compiere con speditezza e con precisione quei lavori difficili ed ingrati che sono gli stati di graduazione. Di presente, usandosi le singole delegazioni per ciascun giudizio, non sono infrequenti nei lavori stessi ritardi dannosi e non giustificabili che importa di eliminare.

Nel Codice francese e negli altri che sono modellati sul medesimo, il giudizio di graduazione non accompagna il giudizio di spropriazione, ma lo segue in ordine successivo. Gli atti dell'uno non cominciano se non sono compiuti gli atti dell'altro, sì che il giudizio di graduazione non si apre se non quando la sentenza di vendita sia passata in giudicato E, aprendosi il giudizio di graduazione, i creditori che superarono la lunga serie delle formalità e dei termini richiesti per la spropriazione, sono costretti a subire una serie nuova non meno lunga d'altre formalità e d'altri termini per conseguire il pagamento

Non così divisava la pratica antica del fôro di Ginevra e il Codice di quel Cantone del 1819 Secondo il quale il procedimento per la spropriazione e il procedimento per la graduazione si intrecciano; molti degli atti dell'uno s'incastrano nell'altro; sicchè possono terminare quasi sincronamente

Questo sistema, lodato e proposto anche da scrittori autorevoli di Francia (1), si presenta attuato pienamente nel Codice. Infatti la sentenza che ordina la vendita deve dichiarare aperto il giudizio di graduazione, indicando o nominando il Giudice delegato, e ordinare ai creditori iscritti di depositare nella Cancelleria le loro domande di collocazione nel termine di giorni trenta dalla notificazione del bando (art 666, numeri 3 e 4) Il bando è notificato ai creditori iscritti nel domicilio o ne' domicili eletti, oppure nell'Uffizio delle ipoteche (art. 668) Nel detto termine dei trenta giorni dalla notificazione del bando i creditori iscritti devono fare il deposito indicato delle loro domande motivate coi documenti giustificativi (art 709) Per tal modo, nei cinque giorni successivi alla trascrizione della sentenza di vendita, il Cancelliere può e deve consegnare al Giudice delegato i documenti per la formazione dello stato di graduazione (art. 710).

Fu esaminato se il termine assegnato ai creditori per depositare le domande di collocazione dovesse essere dichiarato perentorio, parendo che ciò sarebbe riuscito ad impedire ritardi e duplicazioni di lavori nel formare lo stato di graduazione.

(1) Seligman, *Réformes dont notre procédure civile est susceptible.*

Tuttavia, anche in vista della maggiore sollecitudine e semplicità del giudizio di graduazione qual è nuovamente ordinato, si deliberò di mantenere nel Codice la disposizione del progetto che i creditori possano comparire anche dopo il deposito nella Cancelleria dello stato di graduazione, e fino a che non sia cominciata la relazione sul medesimo all'udienza, però sostenendo senza ripetizione le spese (art. 714). Di poi non sono più ammesse domande nuove neppure in grado di appello (art. 714 capoverso). Il sistema della perentorietà del termine per produrre, inaugurato in Francia, con la Legge 21 maggio 1858, porse argomento a vive censure da parte di scrittori autorevolissimi (1).

Nell'omologare lo stato di graduazione, la sentenza del Tribunale pronuncia tra l'altro la decadenza di tutti i creditori non comparsi (art. 716, capov. secondo), ma questa pronuncia è soltanto dichiarativa di un precetto che deve poi essere attuato dal Giudice delegato, al quale spetta di ordinare la cancellazione o la riduzione delle ipoteche (art. 719).

Nello scopo di ottenere quest'ordine di cancellazione o riduzione, il progetto imponeva l'obbligo al compratore di far citare davanti il Giudice delegato sia i creditori comparsi, sia i creditori non comparsi nel giudizio di graduazione, vale a dire quei creditori la decadenza dei quali fu già pronunciata nella sentenza di omologazione.

Codesta disposizione del progetto fu impugnata vivamente nel seno della Commissione come cagione di dilazione e di dispendi inutili. Si citò l'esempio di legislazioni secondo le quali l'ordinanza di chiusura del giudizio di graduazione viene proferita senza che si proceda a nessuna citazione nuova di creditori. Dal momento che essi creditori o sono o poterono essere nel giudizio, ciò basta perchè il giudizio possa condursi a compimento senz'altro.

Nel Codice non è prescritta la citazione dei creditori non comparsi, ma soltanto la citazione de' creditori comparsi (art. 721). Al giudice delegato s'impone espressamente l'obbligo di riconoscere, prima di proferire l'ordinanza, la regolarità delle citazioni e delle notificazioni fatte (art. 722).

Per tal modo i creditori diligenti possono ancora provvedere ai loro interessi. Quanto ai creditori negligenti, non avranno a dolersi che sia chiamata a tutelarli, dentro limiti convenienti, la stessa autorità del Giudice.

LIBRO TERZO

Del libro III che tratta dei procedimenti speciali, non occorre tener proposito alla M. V., e tra perchè poche e lievi mutazioni si ebbero a recare in questa parte del progetto, e perchè inoltre la non lontana pubblicazione dei processi verbali della Commissione speciale porrà in luce ampiamente le ragioni delle modificazioni portate al progetto.

Non verrà omesso di provvedere opportunamente alle questioni transitorie con apposita legge; di che sorge evidente la convenienza sol che si tenga ragione delle varietà del procedimento giudiziario in talune delle regioni d'Italia che si staccavano per ordini speciali dagli esempi e dalle orme della legislazione francese.

Sire,

Volli pensatamente delineare l'ordito e i punti culminanti del nuovo sistema di procedimento inaugurato dal Codice che mi fo a rassegnare a V. M. Parvemi di fatti pregio dell'opera il chiarire con quante sollecitudini e quanto studio siasi procacciato in quest'opera di revisione di far disamina di tutti i sistemi vigenti nelle varie parti d'Italia, e delle prove più o meno felici che se ne siano ottenute, non trasandandosi

(1) Lavielle, nell'opera già citata.

gl'insegnamenti della dottrina e dell'esperienza che ne porgono i migliori Codici di Europa.

Fu avvertito dianzi, nè fia vano il ripeterlo, che in fatto di ordinamenti di rito fosse prudente consiglio rispettare alcuni sistemi e discipline, le quali, senza contraddire a' principii, rendessero però la espressione di peculiari abitudini e consuetudini invalse in taluni luoghi

Procedendo di tal guisa con riguardosa circospezione sarà a sperare che il novello Codice di procedura civile meglio e più agevolmente raggiunger possa i suoi fini, avvegnachè raccomandato esso dalla irrecusabile bontà dei nuovi ordinamenti emendatori di vizi antichi, ed alieno d'altra parte dalle riforme ardite e radicali che non si operano senza scosse violente, con questi titoli e con questo senno ben potrà aspirare al vanto di compiere l'opera solenne del nuovo Codice civile con la inseparabile unificazione del procedimento giudiziario.

VITTORIO EMANUELE II.

PER GRAZIA DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE

RE D'ITALIA

Vista la legge del 2 aprile 1865, n° 2215, con la quale il Governo del Re fu autorizzato a pubblicare il Codice di procedura civile presentato al Senato del Regno nella tornata del 26 novembre 1863, con le modificazioni riconosciute necessarie a norma dell'art. 2 della stessa legge;

Udito il Consiglio dei Ministri;

Sulla proposta del nostro Guardasigilli Ministro Segretario di Stato per gli affari di Grazia e Giustizia e dei Culti;

Abbiamo decretato e decretiamo quanto segue

ART. 1.

Il Codice di commercio è approvato ed avrà esecuzione in tutte le Provincie del Regno a cominciare dal 1° gennaio 1866.

ART. 2.

Un esemplare del detto Codice, stampato nella Tipografia Reale, firmato da Noi e controsegnato dal Nostro Guardasigilli, servirà di originale e verrà depositato e custodito negli Archivi Generali del Regno.

ART. 3

La pubblicazione del detto Codice si eseguirà col trasmetterne un esemplare stampato a ciascuno dei Comuni del Regno per essere depositato nella sala del Consiglio comunale, e tenuto ivi esposto durante un mese successivo per sei ore in ciascun giorno, affinchè ognuno possa prenderne cognizione.

Ordiniamo che il presente Decreto, munito del Sigillo dello Stato, sia inserto nella Raccolta ufficiale delle Leggi e dei Decreti del Regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Firenze addì 25 giugno 1865

VITTORIO EMANUELE.

Registrato alla Corte dei Conti
addì 30 *giugno* 1865.
Reg.° 33 *Atti del Governo a. c.* 47.
AYRES.

(Luogo del Sigillo)
V. Il Guardasigilli
VACCA.

G. VACCA.

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

TITOLO PRELIMINARE

DELLA CONCILIAZIONE E DEL COMPROMESSO

CAPO I.

DELLA CONCILIAZIONE.

OSSERVAZIONI GENERALI

La Relazione ministeriale, già riportata per intero, ha detto abbastanza chiaramente che non si è voluto far altro che porgere un qualche aiuto alla buona volontà di colui che prima di rompere una lite vuol tentare una conciliazione. Il sistema, di lunga mano meno energico del francese, meno pesante e meno elaborato, ha pure uno scopo meno generale e per nulla essenziale alla procedura che sarà per seguirne, mancando l'effetto della conciliazione. Il Pisanelli ci apprese « che le norme seguite al riguardo del progetto furono desunte pressochè interamente dal Codice di procedura delle Due Sicilie, come dallo stesso Codice si ricavarono le disposizioni concernenti il procedimento contenzioso davanti i giudici conciliatori ».

Articolo 1.

I conciliatori quando ne siano richiesti, devono adoperasi per comporre le controversie.

Annotazioni.

1. Sistema del Codice.

Il *Conciliatore* è una nuova magistratura giudiziaria, propria del presente Cod. Prende il nome della principale sua funzione, che è quella di *conciliare*, di *comporre le controversie*. È una rimembranza *del giudice di pace*. La giurisdizione è *volontaria* nel più lato senso della parola, non essendovi la menoma coazione dal lato dei richiedenti, e non rappresentando l'atto di conciliazione veruna condizione giuridica del futuro procedimento, come nel sistema francese. I conciliatori *si adoperano*, fanno del loro meglio, onde riesca la conciliazione: ufficio al tutto morale e quasi paterno.

2. **Precedenti storici.** — L'origine dell'istituzione è molto antica. Risale ai tempi romani. Noodt, *de pactis et transact.*, cap. 1; Svetonius *in Julio Cæsare et in Caligola;* Leggi francesi, Legge dell'Assemblea costituente, 24 agosto 1790, tit. x. V. Locrè, t. I, p. 106, 113. Succedono a queste le Leggi 27

marzo 1791, 21 germinale, an. II, 26 ventoso, anno IV. *Istruzioni del Comitato di costituzione, del 18 novembre 1790*, cap. 1. V. Boncenne, t. II, p. 23, Boitard, t. I, p. 30, Dalloz, *Répert.*, n° 7, *Conciliation*, che ne dà vanto all'Olanda, e conviene il Meyer, *Instit.*, lib. VII, cap. II, *Commentario del Cod. di procedura sardo*, ediz. di Torino, vol. I, p. II, p. 108 e seg. L'istituto fu seriamente oppugnato nell'occasione del nuovo Codice di procedura, era respinto in massima dal Tribunato, nè andava ai versi del Consiglio di Stato (*Discussione del Consiglio di Stato*, anno 1807, *Sessione del 5 fiorile*, anno XIII, *Processo verbale della sessione di legislazione del Tribunato*, *Osservazioni preliminari sul Titolo della conciliazione*). Fu mantenuto e ricomparve nel Codice di procedura civile, ma subì delle modificazioni. L'articolo 49 porta delle numerose limitazioni. L'articolo 17 della Legge 25 maggio 1838 ritenne la conciliazione nel senso di una mera facoltà. Se non che, molti anni più tardi, fu vista una Legge che ritornò obbligatorio lo esperimento della conciliazione (*Legge del Consiglio di Stato*, 25 genn. 1855), solo mezzo perchè non diventasse una vana parola, una disposizione inutilmente scritta nel Codice. In Italia l'istituto conciliatorio forzato trovò luogo nel Codice di Modena, articoli 187, 188 e segg., 2 2, 276 e segg.). Il Regolamento pontificio e il parmense non ammettevano l'esperimento obbligatorio che in casi speciali di liti tra strettissimi parenti. Il Codice piemontese del 1854 lo restringeva alle cause di competenza dei giudici di mandamento (articoli 58, 59, 60), e quello del 1859 lo dimenticò. Noi prendiamo oggidì l'istituzione bell'e fatta dal Codice di quello che fu già regno delle Due Sicilie. V. *Osservazioni generali* a questo *Titolo*.

3. Questioni. — *a*) L'articolo dice: *i conciliatori, quando ne siano richiesti*. *Si esclude forse del tutto la spontaneità?* I giureconsulti napoletani generalmente opinavano che no (Nicolini, *Dei conciliatori*; Cerrolle e Libertatore, *Delle conciliazioni*; Mosca, *Commentario alle leggi di procedura*, t. I, p. 97; *Commentario del Codice di procedura sardo*, vol. I, p. II, p. 114, nota). Oggi bisogna rispondere diversamente. « La necessità della richiesta *impedisce che il conciliatore possa intromettersi fra le parti per comporre le differenze*. Viene così tolto il pericolo di uno zelo importuno che potrebbe talvolta strappare all'ignoranza, e al timore di passare per litigioso, il sagrificio di un diritto non seriamente contestabile ». *Relazione* Pisanelli.

b) *L'esperimento della conciliazione può tentarsi solo una volta, e cioè prima di promuovere la citazione introduttiva del giudizio?* L'art. 1 lascia per noi qualche maggior dubbio che l'art. 48 pei francesi. Questo si esprime chiaramente: *prima di promuoversi una domanda principale, con cui s'introduce un'istanza*. Vi sono delle domande principali non introduttive: quella, per esempio, d'intervento in causa per rilievo e garanzia. Per altro la giurisprudenza risolve doversi considerare come introduttiva *ogni domanda riconvenzionale* che non ha carattere di difesa o di eccezione all'azione principale (*Journ. Av.*, t. XII, pag. 200; t. XXXVI, pag. 12); le domande nuove che importano l'abbandono di un'altra che si trova incompatibile (*Journ. Av.*, t. XII, pag. 150); come in generale le domande giudiziali che stanno da sè, che non hanno radice in verun altro precedente, quantunque sembrino essere lo sviluppo di fatti giuridici anteriormente determinati, per esempio la domanda per eseguire un testamento, domanda ch'ebbe per condizione della sua proponibilità un giudizio di dichiarazione d'assenza (*Journ., Avoué*, t. XXIII, pag. 161). Ma quando il giudizio conciliativo è di necessità, e da esso dipende la validità del processo contenzioso, come presso i francesi, è ben giusto che se ne disputi sottilmente.

L'art. 57 del Codice di procedura del 1854 diceva: *dopo aver tentato un amichevole componimento, questo non riuscendo, procede sommariamente*, ecc. Poi all'articolo 59: *colla scorta di questi atti*, ecc. Poteva ritenersi allora determinato il momento del tentativo conciliatorio; ma il nostro articolo è molto generale in ordine al tempo. Con tutto questo il *tentativo di conciliazione non perde mai il suo carattere di preliminare e anteriore al giudizio*, schiuso il giudizio, si può fare un compromesso, non tentare una conciliazione.

c) *Differenze tra il giudizio conciliativo e il compromesso*. Col primo è una parte che invoca l'autorevole interposizione del giudice; nel secondo ambedue le parti concorrono nell'oggetto e nei mezzi, e nel compromesso transigono.

Articolo 2.

La conciliazione può aver luogo quando le parti abbiano la capacità di disporre

rate nell'articolo 296 del Codice civile, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ed è in quell'articolo che riceve ampia spiegazione il presente luogo della procedura. Altri amministratori hanno poteri più limitati.

3. L'ultima parte dell'articolo corrisponde all'art. 316 dello stesso Codice. Vedi l'*Annotazione* all'art. 316.

4. **Questioni**. — *a*) *Può chiamarsi in conciliazione il minore emancipato senza l'assistenza del curatore?* No: perchè l'atto sorpassa la sua capacità civile e la sua facoltà semplicemente amministrativa (art. 317, 318 del Cod. civ.) Alla validità dell'atto sarebbe di poi necessaria l'autorizzazione del Consiglio di famiglia, ed in dati casi l'omologazione del Tribunale (art. 319 del Codice civile).

b) *Può chiamarsi in conciliazione la donna maritata, autorizzata dal marito a stare da sè in giudizio?* Qui si tratterebbe invece dell'autorizzazione a transigere, perchè la conciliazione si parifica alla transazione. La dottrina francese più ricevuta è negativa (Boncenne, t. II, p. 18, Favard de Langlade, t. I, p. 622 e 623, Boitard, t. I, p. 88, Chauveau in Carré, art. 49, Thomine Desmazures, t. I, p. 131). Diversa è la sentenza di Carré (art. 49) e di Dalloz (t. III, p. 719, nota). Quanto a noi converrà distinguere. L'autorizzazione del marito non è necessaria nei casi dell'art. 135 del Codice civile, ma è indubitatamente necessaria secondo l'art. 134, eccetto che la moglie non sia munita di un mandato, *anche generico*, a transigere (art. 134, suddetto).

c) *Può chiamarsi in conciliazione l'erede beneficiario?* Finchè mantiene questa veste è cosa inutile: non può transigere: non è che un amministratore dell'eredità della quale deve render conto (Leg. 10 ed ult., § 4 Cod. de jure delib., art. 969 del Cod. civ., Pigeau, *Comm.*, t. I, p. 14; Favard de Langlade, t. I, p. 625; Dalloz, t. III, p. 707, Thomine Desmazures, t. I, p. 131; Boncenne, t. II, p. 17; Boitard, t. I, pag. 89; Carré-Chauveau, articoli 49, 207 *bis*). A maggior ragione ciò deve dirsi rapporto *al curatore di un'eredità giacente*, tanto più che, contro ciò ch'era disposto nel diritto romano (Leg. 3 Cod. de postlim. revert.), oggidì non dà cauzione (Leg. 15 Dig. de rebus auctor. jud. possid.; Leg. 2, § 1, Leg. 3 de curat. bon. dand.; Leg. 1 Cod. ubi de ratiocin. tam publ., art. 980 del Codice civile).

Articolo 3.

La richiesta per la conciliazione è fatta anche verbalmente al conciliatore del comune in cui una delle parti che si vuole chiamare in conciliazione ha residenza, domicilio, o dimora, ovvero si trova la cosa controversa.

Annotazioni.

1. L'articolo 27 dell'ordinamento giudiziario assegna *ad ogni comune del regno un conciliatore*, e ciò per regola: *ma nei comuni in cui per ragione di popolazione o per altre cause un solo conciliatore è insufficiente, può esserne stabilito un numero maggiore*. Così vediamo nelle città e nei centri più popolosi. La giurisdizione del conciliatore si restringe al comune in cui ha sede; ma nel caso ora accennato è suddivisa cogli altri magistrati esercenti la conciliazione, con circoscrizioni stabilite dal potere esecutivo. Con ciò pure si determina la competenza relativa dei pretori che occupano il territorio d'uno stesso comune. La regola della competenza locale vi è stabilita. Basta che *una delle parti* da chiamarsi abbia *residenza*, *domicilio* o *dimora* nel comune (la gradualità di queste sedi, più o meno fisse, è dichiarata nell'articolo 139). È una *facoltà* dell'invitante eleggere il magistrato del comune ove la parte da citarsi ha sede personale; ovvero esista la cosa controversa.

Cosa controversa è cosa corporale, mobile. La consegna o la restituzione di un mobile; non l'azione del prezzo di cosa mobile venduta.

2. **Precedenti storici**. — L'articolo 50 del Codice di procedura francese discerne tre categorie di azioni: 1° reali e personali, 2° azioni sociali, 3° azioni successorie (quei dotti non ricordarono che OMNIUM *actionum..... summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt aut in personam* Institut., de action., § 1), e statuiscono competenze diverse. Con ciò si rendeva difficile qualche volta, e qualche altra molto disputabile, il giudizio conciliatorio. Presso di noi le formalità diminuiscono in ragione della diminuita sua importanza. Nel sistema piemontese del 1854 non si trovano e non si devono trovare disposizioni a ciò relative. *La conciliazione non era che un incidente del giudizio mandamentale* (art. 57).

3. **Questioni.** — a) *Se più sono gli attori, devono tutti concorrere nella domanda onde l'esperimento possa aver luogo?* Senza dubbio, se l'azione è unica, o se le azioni sono connesse (Quanto alla nozione della connessità, Vedi l'art. 101).

b) *Se tra più attori uno è capace e l'altro no, tentandosi dal capace l'esperimento della conciliazione, potrà questo aver luogo?* Si deve risolvere nel modo superiormente espresso. Osservare se l'oggetto sia divisibile o indivisibile (*Cassaz. franc.*, *Journ. Av.*, t. I, p. 146). Giudizi inutili non se ne fanno, ecco il principio. Ogni cittadino ha diritto di non esser molestato (principio di libertà morale) se non per uno scopo giuridico.

Articolo 4.

Gli avvisi alle parti per le conciliazioni sono scritti dal cancelliere, che indica in essi l'oggetto e il giorno per la comparizione.

Il messo del comune notifica questi avvisi lasciandone copia alla persona, o alla residenza, o al domicilio, o alla dimora, e il cancelliere nota sull'originale la seguita notificazione.

Gli avvisi originali si consegnano alla parte istante.

Annotazioni.

1. *Sono avvisi e non citazioni* La parola è ben trovata a spogliar l'atto d'ogni carattere di ostilità. S'intende che il *cancelliere* (ci rallegriamo di questa nuova denominazione surrogata a quella impropria di *segretario*) ha avuto l'ordine dal giudice. Il termine non può non essere arbitrario, data la distanza e la qualità dell'affare. È il messo del Comune, perchè ogni Comune ne ha uno. Non si parla di relazione che abbia a fare sull'originale *che deve consegnare alle parti istanti*, ma è ben semplice che così deve farsi. Sia pure un messo *del Comune*, ma egli solo può attestare del proprio fatto, e il cancelliere non può farsene garante. Poche formalità, va bene: ma la logica dei fatti! Tanto più se ne convince chi osservi che la legge non ha dimenticato *di prescriver l'ordine delle notificazioni* nelle graduali combinazioni *della persona, della residenza, del domicilio, della dimora*. Insisto in questa osservazione, poichè (sono parole del Pisanelli, « quantunque la notificazione della richiesta fatta da una delle parti *non costituisca riguardo all'altra un vero atto di citazione* perchè essa non è obbligata a comparire, *tuttavia la richiesta notificazione include potenzialmente la domanda per la ricognizione di un diritto* » — ed ha l'effetto d'interrompere la prescrizione, come vedremo più avanti (V. l'articolo 139).

2. **Questioni.** — a) *Se non tutte le parti invitate sono reperibili nel giro del Comune, e vi è non abbiano nè residenza, nè domicilio, nè dimora, si procede tuttavia ed ha luogo l'esperimento?* Qui si entra in una questione molto grave per la sua novità. Essa fu già sollevata in Francia nel proposito di citare in conciliazione uno straniero. Si ricorda una decisione della Corte di Metz (*Journal Av.*, t. VII, p. 286) che professò non doversi in tal caso esperire la conciliazione. La Corte di cassazione fu nell'opinione contraria (*Journal Av.*, t. VIII, p. 668) e la sua sentenza fu approvata da Favard de Langrade (t. IV, p. 625) e da Chauveau (art. 49, quest. 207, 4, in Carré). Io pure non avrei dubbio nel punto di vista della legislazione francese, e secondo il suo spirito. Ivi l'esperimento conciliativo è uno dei fondamenti del sistema; e vi si deve necessariamente attribuire una grande importanza. Nel nostro sistema invece il tentativo della conciliazione è una pura e semplice spontaneità della parte desiderosa di evitare un litigio. Non possiamo noi elevare l'avviso, l'invito a conciliarsi, alla forza e gravità di un atto di citazione. Non credo possibile che, dovendosi adempiere tutte le formalità prescritte dall'articolo 140 (V. le *Annotazioni* al detto articolo), tutto ciò sia compatibile colla natura semplice e famigliare di questo giudizio. Dove mai ne andrebbe il *messo del Comune?* come dovrebbe invocarsi il ministero di altri ufficiali pubblici che non avrebbero competenza a notificare simili atti? e come si ripararebbero tante spese? e come il giudice conciliatore sarebbe competente, ammesso ancora che uno degli invitati appartenga al suo Comune? e come potrebbe estendere a uno straniero la sua influenza quasi locale?

b) *Se tra gl'invitati alla conciliazione vi fossero persone incapaci, avrebbe luogo l'esperimento rispetto alla persona capace?* La risposta è negativa.

c) *Nel supposto che si trattasse di conciliarsi sopra una convenzione in cui si è eletto il domicilio, può in questo notificarsi l'avviso?* No; si ascriverebbe dal disposto di questo articolo; e il 140 (V. appresso) non si applica che alle contestazioni giudiziali.

d) *Se si devono citare abitanti fuori del Comune, a una certa distanza, il termine da assegnarsi sarà regolato secondo le norme degli articoli* 147 *e* 1487 (V. a quegli articoli). Non credo. Il termine in conciliazione è arbitrario e discrezionale.

e) *Che avviene, se l'avviso manca della sua intrinseca formalità, la chiara dichiarazione dell'oggetto?* Le nullità propriamente tali non si conoscono in questo giudizio, ma il conciliatore rettifica l'avviso e si manda di nuovo in forma più regolare (Favard de Langlade, t. I, p. 625, Boncenne, t. II, p. 28; Boitard, t. I, p. 136).

Articolo 5.

Le parti possono farsi rappresentare nelle conciliazioni da persona munita di mandato speciale per quest'oggetto, e autentico.

Se alcuna di esse non comparisca nel giorno e nell'ora stabiliti, non si ammettono altre richieste per la conciliazione, salvo che siano fatte da tutte le parti.

Annotazioni.

1° *Che sia mandato autentico.*

Non si è parlato della forma del mandato perchè non si aspettava che qualche autore rispettabile ne farebbe un *atto pubblico* (Taddei, *Guida dei conciliatori*, pag. 87). È atto autentico anche quello che si è conformato alle prescrizioni dell'art. 1323 del Cod. civile.

Del contenuto del mandato.

Il mandato è *speciale*. Quindi non basta un mandato generale *ad negotia*, o alle liti, ancorchè nell'ampiezza delle sue clausole contenga pur quella di *transigere, compromettere, conciliare, ecc.* Non sarebbe *speciale* il mandato, cioè *concreto e determinato* nel suo oggetto, se non indicasse il punto di questione ma semplicemente la domanda che si sottopone al ministero pacifero del conciliatore. La materia della conciliazione deve dichiararsi, sia pure in modo conciso, nel mandato del rappresentante dell'attore, quello dell'invitato può contenere la materia *per relationem*, riferendosi all'avviso che ha ricevuto.

Le facoltà del rappresentante, come in qualsivoglia altro mandato, possono essere *illimitate* o *limitate*: a conciliare cioè la differenza nei termini che allo stesso mandatario sembrassero migliori, ovvero restringendo la sua facoltà entro certi confini. Il conciliatore stesso deve rispettare una volontà oltre la quale la convenzione non avrebbe sussistenza.

2. L'indole speciale e famigliare di quest'istituzione si palesa in ogni punto. L'obbligo di comparire in persona è correlativo al carattere di quella che è adottata in Francia. L'attore deve spiegare tutta l'efficacia della sua comunicazione diretta e verbale; il giudice può interrogarlo, può volere degli schiarimenti; le parti si mettono a confronto. Quanto al citato, vi è un lato coattivo, è l'obbligo di presentarsi e accettare la discussione proposta dall'attore sul terreno conciliativo. La legge francese si mostra interessata affinchè l'accomodo riesca: la nostra è indifferente. Quindi nessuna pena a chi non comparisce, non multa (art. 56 del Cod. di proc. franc.), non conseguenza d'altra sorta, se niuno comparisce, il tentativo svanisce, e non si ripete, *salvo che la domanda non sia fatta da tutte le parti.*

3. **Questioni.** — a) *Il marito potrà agire in conciliazione nell'interesse della moglie come suo mandatario presunto?* La quistione nacque in Francia, attesa la conforme disposizione dell'art. 16 della Legge 27 marzo 1791. La *presunzione* che milita a favore della podestà maritale, fu ritenuta nel semplice rispetto *delle azioni possessorie e mobiliari*, in forza dell'art. 1428 del Codice civile francese; esclusa quindi affatto la materia immobiliare (Carré, all'art. 53, Pigeau, *Comment.*, tom. I, p. 140). Lo spirito di quella legge che attribuiva al marito tale facoltà indipendente, era principalmente *conservatorio* (così si rileva dall'ultimo alinea del detto articolo 1428). Noi non troviamo riportata la sostanza di quest'articolo nel nostro Codice. Ma vi è di più per negare al marito, nella sua pretesa qualità di mandatario legale, la facoltà di rappresentare la moglie nel processo conciliativo. O trattasi di dote (art. 1407 del Cod. civ.) o beni parafernali (art. 1428, 1431) o di beni in comunione coniugale (art. 1438), il marito è sempre inabilitato dalla legge a transigere. Si aggiunge la chiara espressione dell'articolo

che, imponendo il *mandato speciale*, esclude il *mandato puramente legale*.

b, *Un mandato a comparire equivale ad un mandato a transigere agli effetti di questo articolo?* Sebbene, come si è detto, la legislazione in Francia non fosse diversa, alcuni autori, il Biret e Pigeau, per es., e il Carré (*Analisi*, quest. 127), che mutò avviso di poi, opinarono che il *mandato a comparire* importasse la facoltà di transigere, non potendo esser altro l'oggetto della comparsa. Ma è certa, anche nella opinione dei più, la soluzione contraria (Carré, all'art. 225; Berriat, p. 189, Boncenne, t. II, p. 39; Favard de Langlade, tom. I, pag. 627, Dalloz, t. III, p. 708, n° 20, Thomine Desmazures, tom. I, p. 136; Chauveau in Carré, articolo 54; Boitard, tom. I, pag. 141).

c) *Le udienze sono pubbliche?* Il dubbio è nell'art. 32, in princ. — *Le udienze dell'autorità giudiziaria sono pubbliche sotto pena di nullità*. Così ritenne anche il Bergier (*Manuel de Just. de paix*, p. 30), Chauveau (v° *Conciliation*, t. VII, n° 265, e forse il Favard e Carré. Ma non dovevasi simile processo confondere con un vero dibattimento giudiziario, disse egregiamente, secondo me, il Dalloz (v° *Conciliation*, t. III, p. 108). — Rapporto a quella funzione il conciliatore non è a rigor di parola un'*autorità giudiziaria*.

d) *La comparizione sana qualunque difetto di forma e anche il difetto di competenza?* Essendo in Francia decisa l'affermativa (Pigeau, *Comment.*, t. I, p. 140, Boncenne, t. II, p. 32; Carré, art. 55, quest. 231), molto più secondo la nostra legislazione deve ritenersi.

Articolo 6.

Quando le parti siansi conciliate, si forma processo verbale che contenga la convenzione.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti, dal conciliatore e dal cancelliere.

Se le parti, od una di esse, non possono sottoscrivere, se ne fa menzione indicando il motivo.

Se una delle parti ricusi di sottoscrivere, la conciliazione si ha per non avvenuta.

Non riuscendo la conciliaziane, il cancelliere ne fa menzione in apposito registro.

Annotazioni.

1 Una cosa sola è veramente necessaria secondo questo sistema; la dichiarazione formale, esplicita, precisa dell'avvenuta conciliazione. Essa, come vedremo or ora, ha i suoi importanti effetti giuridici. Quindi non vi ha *processo verbale*, non munito di quelle formalità che lo fanno essere, cioè *la sottoscrizione delle parti, del conciliatore e del cancelliere*, se non nel caso di buon termine. Ove *la conciliazione non riesca*, basta *la menzione del cancelliere in apposito registro*. Nel sistema francese all'incontro il *processo verbale* è sempre necessario (art. 54 del Cod di proced. civile); e ciò per la ragione unica che *deve essere formalmente constatato il regolare esperimento di conciliazione, che per noi è volontario*. Posto adunque che accordo non si faccia, nulla si scrive e nulla si registra fuorchè questo solo; che l'accordo non fu fatto.

2. **Precedenti storici.** — Vi fu un tempo in cui si teneva nota di certe dichiarazioni, di certe agnizioni e confessioni che sfuggivano al convenuto (e comparivano poi nel giudizio come materiali par convincerlo debitore), tal era il disposto del Legge 24 agosto 1790. Il Codice di procedura civile francese ordinò soltanto *una enunciazione sommaria nel processo verbale che le parti non hanno potuto conciliarsi*. Toullier si diede a sostenere che il Codice di procedura non aveva derogato a quella legge, di cui vantò anche la saggezza (t. VIII, p. 120). Carré all'art. 54, qu. 228) e Favard de Langlade (t. I, p. 630, 631, dividono l'opinione di Toullier. Male però quegli illustri uomini compresero lo spirito della nuova legge (Locré, *Discussione di quest'articolo al Consiglio di Stato*, t. XXI, p. 247 e seg.) spirito di progresso giudiziario e sintomo di libertà, non essendo in verità nè logico nè onesto, bisogna dirlo, di pregiudicare la difesa d'una parte che, sotto colore di conciliazione, si trovò in momentaneo contatto coll'altra. Ton-

gono, secondo me, l'interpretazione vera Chauveau in Carré (art. 228, quest. 228, Pigeau, *Comm.* (t. I, pag. 150), Thomine Desmasures (t. I, p. 138), Boitard (t. I, p. 140), che pensano non dovere riportarsi nel processo di non-conciliazione le cose compromettenti la futura difesa di taluna delle parti. Il Codice di procedura civile sardo del 1854 osservando lo stesso silenzio che il francese, non poteva sollevare le stesse dispute. Non aveva esso dietro di sè, come suo antecessore immediato, l'articolo 3 del titolo X della Legge del 24 agosto 1790. Ma dal non essere il giudice obbligato ad inserire le dichiarazioni e confessioni, al non poterlo fare, ci correva; e di fatti nel *Commentario del Codice civile sardo* del 1854 vol. I, parte II, § 227) si propose quest'ipotesi, e si domandò quale sarebbe il valore di siffatte dichiarazioni o confessioni, dato che la parte le avesse affermate colla sua medesima sottoscrizione nel processo verbale? Lo scrittore di quel trattato opinò potervisi attribuire il valore di *confessioni stragiudiziali*; e non a torto, lo penso, secondo quella legislazione

Ora siamo iti più avanti. La felice omissione di ogni verbale di non-conciliazione rende impossibile qualunque anticipazione, sempre irregolare, sul futuro giudizio, ed ogni questione per interpretarla.

Articolo 7.

Quando l'oggetto della conciliazione non ecceda il valore di lire trenta, il processo verbale di conciliazione è esecutivo contro le parti intervenute, al quale effetto il conciliatore può autorizzarne la spedizione della copia nella forma stabilita per le sentenze

Se l'oggetto della conciliazione ecceda il valore di lire trenta, o il valore sia indeterminato, l'atto di conciliazione ha soltanto la forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio.

Annotazioni.

1. La conciliazione è avvenuta, e si suppone valida. Ora si tratta dell'efficacia giuridica che dev'esserle attribuita. Spetta al conciliatore il conoscere se abbia i caratteri di una transazione perfetta incondizionata ed eseguibile, e visto tutto ciò, e stabilito che il suo valore non eccede lire trenta, *autorizza la spedizione*, ecc. La sua *facoltà è dunque di apprezzamento* non si estende a negare l'esecuzione se la transazione ha gli opportuni requisiti. Non è una sentenza, ma ha gli effetti tutti e propri d'una sentenza passata in autorità di cosa giudicata. Questa disposizione che per noi è affatto nuova, ha la sua relazione ad una giurisdizione pur nuova, quella dei *conciliatori*, limitata a L. 30 (art. 70) La tenuità del valore fu cagione che la conciliazione si qualificasse *non solo come un fatto compiuto* e valevole nel genere suo, ma eziandio *come un fatto giudicato* atteso l'intervento autorevole del conciliatore, *che solo in quell'atto funziona quale autorità giudiziaria* Evidente è la differenza fra l'efficacia attribuita alla transazione di lire trenta a quella di entità maggiore l'utilità economica di tal metodo pei piccoli debiti è palese, ed in questo si modifica il noto criterio delle legislazioni di parificare *il processo verbale autentico di conciliazione alla forza d'una scrittura privata riconosciuta in giudizio*, criterio pure ritenuto per regola generale nella nostra legge, con aperto riferimento all'articolo 1320 del Codice civile, e all'art. 295 del Codice di procedura civile.

2. *Sull'oggetto della conciliazione.*

Evidentemente non il *valore della domanda* o la pretesa qualunque delle parti, ma quello che rappresenta il risultato della conciliazione costituisce obblighi da adempirsi da taluna di esse parti.

Io forse mi sono espresso troppo succintamente al num. 3° lettera *a* del commento all'articolo 7, perchè sono stato male inteso (1). Il conciliatore non ha limiti nell'esercizio della sua nobile missione; egli trova parole oneste e consigli prudenti per tutte le controversie, infine concilia tutti quelli che vogliono conciliarsi. Ma il documento della conciliazione ha effetti molto dissimili in quanto l'obbligo che

(1) SCAMUZZI. *Manuale dei giudici conciliatori* (Torino, 1866, tip. Moretti), che io già indicai nella precedente edizione come lavoro molto pregevole, senza defraudare delle debite lodi gli altri egregi che si occuparono di questo argomento.

f) *L'ordinanza che rende esecutivo l'atto di conciliazione, produce ipoteca?* Sì (art. 1970 del Codice civile).

g) *Produce ipoteca l'atto di conciliazione nella quale esiste obbligazione superiore a lire trenta?* Fu già questione imperando l'art. 2123 del Codice Napoleone, e l'articolo 2178 del Codice albertino. Il nuovo Codice non riproduce quella disposizione che deve ritenersi abolita.

5. **Questioni generali.** — a) *Se una delle parti lo richiede, il conciliatore può deferire giuramento all'altra parte?* Vedi articolo 55 del Codice di procedura francese. Delaporte (tom. 1, pag. 52) considerava un tal giuramento (secondo quella giurisprudenza ammissibile come preparatorio, contro Pigeau, il quale non esitò a tenerlo anche suscettivo degli effetti di un giuramento decisorio. Tale facoltà non è accordata nel nostro sistema al conciliatore, nè può per organo suo esperirsi questo o altro mezzo di prova, salvochè nel giudizio contenzioso (art. 448, ecc.).

b) *L'istanza in giudizio di conciliazione interrompe la prescrizione?* Tanto la domanda che la comparsa volontaria in conciliazione la interrompe (articolo 2125 del Codice civile, alinea). Se non comparisce il chiamato, è condizione necessaria alla prescrizione che segua la domanda giudiziaria *nel corso di due mesi* (articolo suddetto). Il termine è invariabile per ogni distanza (Favard de Langlade, tom. I, pag. 632, n° 3, Thomine Desmazures, t. I, p. 144; Carré all'articolo 57, quest. 248). Se non segue la citazione nel termine, come complemento dell'atto interruttivo, la prescrizione non è interrotta, in caso affermativo la interruzione risale al giorno della chiamata.

c) *Ma che s'intende per comparsa o presentazione volontaria?* È sempre volontaria la presentazione in fatto di processo conciliatorio.

d) *Se la materia non è suscettibile di transazione, la domanda interrompe del pari la prescrizione?* No certamente: è atto frustratorio e incapace di effetti giuridici (Chauveau in Carré, art. 57, quest. 248 bis).

e) *Gl'interessi del credito decorrono forse dalla domanda in conciliazione?* Non credo, ma solo dal momento in cui ha luogo la domanda espressamente formulata avanti il giudice contenzioso. Benchè l'articolo 57 del Codice di procedura civile francese non sia esplicito, è pur questa l'opinione dei migliori autori (Thomine, t. I, p. 143; Boitard, t. I, p. 165; Chauveau in Carré, art. 57, quest. 252).

CAPO II.

DEL COMPROMESSO

OSSERVAZIONI GENERALI

Il legislatore ha attribuito una speciale importanza a questa istituzione, e vi ha speso le cure più diligenti. Il principio di libertà si manifesta nel parteciparlo anche alle persone soggette a tutela, sotto lo scudo delle debite cautele e garanzie; nel diminuire agli eleggendi le qualità impedienti; nel lasciare alle parti la facoltà del numero degli arbitri, purchè in numero dispari, per evitare lo scoglio della parità nei suffragi, nella forma libera e sciolta delle procedure; nel concedere un certo moderato arbitrio di compromettere i diritti eventuali, nella facoltà di rinunziare all'appello e al ricorso in cassazione. Il legislatore prudente ha poste tutte queste concessioni sotto il freno della legalità ben intesa e razionale, nel limite degli oggetti arbitrabili, nel rispetto di certe forme prime ed essenziali, senza cui la libertà è licenza e pericolo, nel sostituire la stessa legalità, quale norma costante del retto giudicare, al silenzio delle parti; nel vietare la rinunzia a certi rimedi supremi, custodi della moralità dei giudizi, come quello della rivocazione.

e specie giudicabili, percorse in grande il campo della pratica, non definì ogni caso, non dettò una teoria generale nelle tante leggi che percuotono, con un rigore che ancora quasi giureconsulto, le convenzioni contrarie ai buoni costumi (Leg. 7, § 3, 14, 18, L. 27, § 4, L. 28, Dig. de pactis, Leg. 5, princ. de pact. dotal., Leg. 70, in fine de fidejuss., Leg. 57, pro socio, Leg. 35, § 2 Dig. de contrah. empt.). Sono esempi: non potersi contrattare sulla libertà del matrimonio (Leg. 71, § 1 de condit. et demonstr., Leg. 134, Dig. de verb. obl.), sul premio della guarigione in corso d'infermità (Leg. 3 de extraord. cognit., Leg. 9, Cod. de profess. et med.); sul quoto della lite a favore dell'avvocato (Leg. 53, Dig. de pactis, ecc.).

d) *Compromesso sui diritti eventuali e futuri* (Codice civile, art. 1118). « È permessa la rinuncia ai diritti che formano parte del patrimonio, non a quelli che, essendo puramente eventuali, costituiscono una semplice aspettativa: non si può rinunziare alla successione non ancora aperta, e alla prescrizione non ancora acquistata. Sarebbe nullo il patto col quale il successibile rinunziasse al diritto di impugnare una disposizione vietata dalla legge mentre il testatore è ancora in vita, nulla sarebbe qualunque altra convenzione sopra le ragioni e gli oggetti ereditari, mentre la successione non è ancora devoluta ». *Relazione* Pisanelli. La *spes* in causa *de futuro*. Ciò è conforme ai principii del diritto romano (L. 2, § ult., Dig. de his quæ ut indign., Leg. 29 § ult., Leg. 30, de donat.). Il diritto moderno, rigettando le antiche distinzioni (Vedi Leg. 15, e specialmente l'ultima Cod. de pactis), ha semplificato la teoria che presso i professori del diritto romano fu molto combattuta.

4. *Generalità sulla materia del compromesso.*

Muovendo il Codice dalla giurisdizione arbitrale, ha mostrato d'intendere ciò che apparve confusamente in altre redazioni, questa giurisdizione primitiva essere anche la più naturale e conforme alla libertà, talchè la facoltà di far decidere le nostre controversie da giudici da noi eletti e di nostra particolare fiducia, può tenersi come regola, e devonsi riguardare quali eccezioni i limiti che la legge v'impone colla scorta del principio d'ordine e in nome dell'interesse comune. È una di quelle idee che tendono a progredire e a svolgersi cogl'incrementi della civiltà. Intanto nella persuasione che il compromesso è favorevole, la interpretazione dei casi dubbi viene inclinando in questo senso.

Ma non è sempre agevol cosa descrivere il confine fra la materia arbitrabile e quella che infissa, usarò questa frase, nella giurisdizione dei tribunali dello Stato, sfugge agli accordi.

La distinzione più ovvia si è fra le materie che appartengono al gius privato, e quelle che sono d'*ordine pubblico*. Ma questo concetto è indeterminato abbastanza perchè se ne disputi assai frequentemente nel fòro, nè è lieve carico tracciare in non molte parole una specie di teoria ad uso, per dir così, del compromesso, e farla servire nei casi pratici.

Io non considero il sistema che nell'aspetto della giurisdizione, il che riduce il discorso a proporzioni molto limitate, chè altrimenti prenderebbe un gran campo.

La giurisdizione, considerata nella sua opera complessa, ha per oggetto di determinare, nel dissenso delle parti che vi hanno interesse, i fatti giuridici o nelle loro applicazioni o nella loro essenza. In altre parole, ora dichiara il rapporto del fatto col diritto, ora definisce lo stesso diritto. Io prendo qui i fatti giuridici nella maggiore ampiezza, e in quanto siano risultamenti delle umane convenzioni, e in quanto siano le manifestazioni del gius regolatore d'ogni genere di controversia. Chiamo d'ordine pubblico quei fatti giuridici alla cui esistenza sono associati numerosi interessi, o siano rappresentati da un principio che, può dirsi, li comprende tutti nella sua virtualità, o siano rappresentati da una istituzione effettiva. Tal è nel primo caso lo *stato della persona* e nel secondo il regolamento delle competenze, non potendosi tali principii e tali ordini perturbare senza mandare intorno una scossa che mette in dubbio la convivenza sociale e la vita civile.

Ciò in astratto: approssimandosi alle contingenze pratiche, le difficoltà cominciano. Intanto, e stando ancora sulle generali, evidente è nello spirito della legge di sottrarre quella cognizione ai giudici privati. E perchè? Sono forse materie intangibili, e si teme che la singolarità e moltiplicità dei giudizi portino una varietà di vedute o di decisioni, talchè il principio perda della sua intensità, e si dirobbe del suo valore ideale, e sia per nascerne l'anarchia nel regno del diritto? Eh no! Al più vi sarà una Corte regolatrice per correggere le aberrazioni dei giudicati, ma questa Corte ci sarebbe anche per correggere gli errori dei giudici arbitri. Diciamo la vera ragione. Il legislatore presume che nei magistrati legali vi sia più abilità per decidere questioni sì interessanti. Più: vuole che i giudici che le riguardano, siano circondati di tutte quelle guaren-

tigio che la compendiosa procedura degli arbitri non consente.

L'articolo 8° esprime questa idea per via di esempi. Indica fra le materie eccettuate le questioni *di stato*; omette tutte quelle che vengono dalle fonti del Diritto pubblico e dallo Statuto fondamentale, eppure non sono meno comprese nella eccezione. Tace delle controversie che involvono materie pertinenti alla pubblica amministrazione. Dichiarando che non si può compromettere là dove non si può transigere, sembra stabilire una regola generale: ma ciò non scioglie il dubbio nè porge alcuna norma sicura, poichè resta sempre a vedere di quali questioni non si può transigere. Accanto a questa regola pone un esempio che sarebbe in opposto: *la separazione dei coniugi*. I coniugi possono talmente accconciarsi nel loro privato interesse al fatto della separazione che anzi il legislatore esprime il giusto e morale desiderio che questo avvenga, e non per altro ne toglie la incombenza agli arbitri, se non per occuparsene egli stesso coll'opera di uno dei suoi magistrati più autorevoli (articolo 806 e seg.) (1).

Evidentemente il concetto di relazione dei fatti giuridici coll'ordine pubblico, ha una gradazione, e tale che, sebbene la osservanza di tutte le prescrizioni di legge conferisca al benessere generale (fine remoto), noi diciamo d'ordine pubblico quelle che hanno rapporto al *fine prossimo*, e l'interesse va crescendo in questa relazione col fine. Così appartenere esclusivamente ai magistrati giudiziari quelle determinazioni la cui conformità col diritto è del massimo interesse (2), o per lo disordine morale, o per lo disordine reale, che consegue alle determinazioni contrarie. Di questa natura sono i giudizi che riguardano questioni di stato (personale), che io pongo nella categoria di quelle che, male definite, producono disordine *morale*, e quelle che hanno un'attinenza assoluta e diretta colla pubblica amministrazione, per esempio le questioni sulle imposte, sulla indemaniazione dei beni ecclesiastici e simili, la cui mala definizione genera disordine *reale*, turbando l'andamento effettivo e pratico della cosa pubblica.

Questi principii possono essere scorta a regolare alcune delle differenze che si presentano nella circoscrizione della materia arbitrale, e darò qualche esempio.

Dall'indirizzo però del nostro discorso non vuolsi argomentare che il giudizio degli arbitri non sia esercitivo di elevate cognizioni, poichè, salvo i casi che diremo riservati, le facoltà che i cittadini hanno di convenire e di transigere sono amplissime, non diversa quindi nè minore la facoltà di compromettere. Bisogna che si ritenga, per esser logico, che nel sistema legale che esiste le controversie eccettuate devono riguardarsi di una importanza superiore: ciò non toglie che la istituzione arbitrale non sia capace di grande estensione, e sembra anzi che i suoi beneficii si manifestino nel suo maggiore sviluppo. L'arbitramento delle questioni è la clausola ordinaria che si contiene in quasi tutti gli statuti di cospicue società commerciali. Lo Stato medesimo più volte sente la opportunità di far decidere questioni per mezzo di arbitri.

Deriva da ciò, che non tutte le controversie che interessano lo Stato sono nella linea dell'eccezione. Quando non si compromettono i principii, le norme supreme dell'ordinamento politico, e si tratta o di *appendici*, cioè di mere conseguenze economiche, e di convenzioni nelle quali lo Stato non fa ufficio d'imperio ma contrae e stabilisce rapporti da pari a pari coll'individuo, quando insomma si tratti della parte economica dell'amministrazione, infine nell'ordine contrattuale, niente osta che si deferisca la controversia ad arbitri, come non sarebbe per niente vietata una transazione.

Il signor avv. Moise Amar, che di recente ha scritto su questa materia (3), esamina due quesiti (pag. 70) uno dei quali è nuovo, e mi sembra sciolto in piena conformità coi principii del Codice. Pensa l'egregio scrittore non sia proponibile a giudizio d'arbitri la separa-

(1) Non intendo d'identificare la purificazione dei coniugi colla transazione, ma piuttosto di far senti... la specialità del caso di mezzo alla generalità dell'articolo.

(2) Questo concetto ha un forte riscontro in alcuni testi del diritto romano, pei quali l'arbitro poteva declinare dall'ufficio per l'interesse che si aveva di commettere certe controversie a giudici di maggior grado. « De liberali causa compromisso facto, recte « non compellitur arbiter sententiam dicere, quia « FAVOR LIBERTATIS EST UT MAIORES IUDICES HABERE « DEBEAT. Eadem dicenda sunt, sive de ingenuitate, « sive de libertinitate quaestio sit, et si ex fidei- « commissi causa libertas deberi dicatur. Item de « eo quod est in popularibus actione » Leg. 32, §§ 7 e 8, Dig. de receptis qui arbitr.).

(3) *Dei giudizi arbitrali — Studi* dell'avv. Moise Amar (Torino, tipografia Fea, piazza Vittorio Emanuele 1868). Libro modesto, coscienzioso, accurato, meritevole dell'attenzione di chi vuol vedere discusso ampiamente il tema importante del compromesso.

zione della dote, appoggiando la sua convinzione all'articolo 1418 del Codice civile. La causa di questo divieto potrebbe anche trovarsi nella materia in se stessa, per l'interesse che ha la società intera nella conservazione delle doti. Ma, secondo me, la legge ha avuto un motivo più diretto. Ha voluto evitare le facili collusioni fra i coniugi a danno dei terzi, e dare adito ai terzi medesimi d'intervenire nel giudizio di separazione di dote.

Nella stessa opera si è revocato ad esame un altro quesito che fu molto disputato, ma ora non ha più interesse. Se gli arbitri possano decidere incidentalmente, e in via pregiudiziale, *una questione di stato*, quando la materia che forma l'oggetto della domanda non eccede la loro competenza. Io mi astengo dal discutere una controversia letteralmente decisa dall'articolo 19, che in questo caso ordina agli arbitri di sospendere il giudizio, rimettendo l'esame all'autorità giudiziaria.

Articolo 9.

Il compromesso fatto da un amministratore, o da chi non può liberamente disporre della cosa su cui cade la controversia, non ha effetto se non quando sia approvato nei modi stabiliti per la transazione.

Annotazioni.

Questioni — *a) Il minore regolarmente emancipato ed abilitato secondo l'articolo 2 del Codice di commercio, può compromettere qualunque controversia pertinente al suo traffico?* L'affermativa non può esser dubbia.

b) Un mandatario a transigere sarà per ciò stesso vestito della facoltà di compromettere? Sono facoltà affatto diverse, la prima inchiude il potere di transigere direttamente, a carte scoperte, come suol dirsi, a patti chiari e tra le parti combinati, e l'altra è la facoltà molto più seria di deviare le garanzie che a tutti i cittadini sono assicurate nella capacità dei magistrati e nella pienezza delle forme processuali, derogandovi per maggiore speditezza di giudizio. Ma chi sa con quanto pericolo! (Carré nella questione sopracit., *Cassat.*, *Journ. Pal.*, 3ª ediz., tom. XX, pag. 19).

c) Deve rispondersi ugualmente rapporto al gerente di una società commerciale? Primieramente convien distinguere tra *società civili* e *commerciali*. Rispetto a quelle è incontestato che, generalmente parlando, salvo un mandato speciale, il gerente o rappresentante la società per gli affari comuni non può compromettere le controversie sociali, obbligando così i propri soci (art. 1720 del Codice civile). Rispetto alle società di commercio è d'uopo ancora distinguere. Nella società in nome collettivo (art. 30 e seg. del Codice di commercio) il socio o gerente della società, munito di ogni facoltà per obbligare i soci, ha pur quella di compromettere le controversie sociali (Vatimesnil, p. 509, nº 109, Devilleneuve e Massé, *Dictionnaire comm.*, vº *Compromis*, nº 4). Ma quanto alle altre società commerciali, non escluse le *associazioni in partecipazione* (da patti speciali in fuori) malgrado qualche opinione diversa, ritengo che niun funzionario della società sia munito di questa abilità generale, la quale abilità non appartiene neppure al liquidatore di una società disciolta (Mongalvy, pag. 156, nº 181, Devilleneuve e Massé, vº *Compromis*, num. 5). (Vedi il num. 417 del mio commento al Codice di commercio).

d) La facoltà di compromettere è accordata al sindaco di un fallimento? In principio generale non si riconosce tale facoltà (Pardessus, num. 1388, Vatimesnil, numeri 122, 123), eccettuati secondo il Mongalvy (*Arbitrage*, numeri 183, 184) questi due casi, o di liquidazione di sostanze sociali entrandosi nella sfera dell'arbitramento coattivo, o di mandato dei soci, che vale il dire non avere in effetto il sindaco del fallimento, per la sua propria qualità, il potere di compromettere (Vedi numeri 1800, 1801 del mio commento al Codice di commercio).

e) Se il curatore dell'assente abbia la facoltà di compromettere. Non essendo altra cosa che un amministratore transitorio ad effetti speciali (art. 121 del Codice civile) non può compromettere, ciò è risoluto anche rapporto a quelle legislazioni che attribuivano al curatore dell'assente facoltà più estese (Codice Napoleone, art. 112, Mongalvy, num. 172, Goubeau, t. 1, pag. 146, Carré articolo 1003, quest. 3257). La nuova nostra legislazione civile ha favorito di più la libertà dei successibili, i quali per altro non avranno veste per questo od altro atto di alienazione che *dopo il possesso definitivo* (art. 37 del Codice civile).

Articolo 11.

Il compromesso deve farsi per atto pubblico o per scrittura privata, contenere il nome e cognome delle parti e degli arbitri, e determinare le controversie, altrimenti è nullo

Annotazioni.

1. L'art. 1108 del Codice precedente indicava un terzo modo di compromettere la *convenzione giudiziale*. Io non credo che abbia voluto propriamente abolirsi quella forma di compromesso, ma piuttosto che il redattore abbia avvisato che la locuzione dell'articolo può a tutto bastare. Se avanti lo stesso conciliatore le parti adunate dichiarano nel processo verbale che vogliono conciliarsi, e la conciliazione consiste in un compromesso, ed ivi fermano le condizioni sottoscrivendo un processo verbale autenticato dal conciliatore e dal segretario, non sarà atto valido? E chi mai potrà dubitarne? Anche in Francia prevale la dottrina che la forma costitutiva del compromesso non è di sanzione rigorosa, posto un equivalente non meno efficace (Carré, all'articolo 1005, quest. 3271; Pigeau, *Comment.*, t. II, p. 717; Mongalvy, num. 128, Devilleneuve e Massé, v° *Compromis*, num. 63). Non sarà a rigor di termini una *convenzione giudiziale*, ecco quello che può dirsi. Ma non escludo la convenzione giudiziale propriamente detta. La *determinazione dell'oggetto compromesso* è di tutta necessità, da quello misurandosi il potere degli arbitri.

2. Questioni. — *a*) *La nullità per difetto di forma del compromesso è assoluta, o può essere sanata dal fatto delle parti?* Se le forme estrinseche sono difettose, se le condizioni intrinseche di capacità e di materia esistono, la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto che la nullità possa esser sanata dal fatto delle parti, o siano volontariamente comparse avanti gli arbitri, o ne abbiano d'accordo prorogata la giurisdizione firmando il verbale o per la mutua comunicazione dei titoli, o per altri modi di consentimento (Chauveau in Carré, articolo 1005, quest. 3272 ter).

b) *È sufficiente designazione dell'oggetto il dichiarare che saranno assoggettate a compromesso le questioni che potranno sorgere da un certo e determinato contratto?* Questa clausola, solita nei contratti di società, a noi pare validissima e perfettamente operativa, essendo con ciò l'oggetto determinato. È poi accettato generalmente che l'osservanza dei suoi termini deve intrepretarsi con quella certa espansione del buon senso che non lascia germogliare il cavillo (Pigeau, *Comment.*, t. II, p. 719, Dalloz, t. I, p. 662, Goubeau, t. I, p. 111 e 120; Mongalvy, num. 147. La Relazione Pisanelli viene in autentica conferma di questa dottrina. (V. l'articolo seguente).

Articolo 12.

Quando in un contratto, o dopo, le parti siansi obbligate a compromettere le controversie che ne possono nascere, se gli arbitri non siano stati nominati, oppure vengano a mancare per qualunque causa tutti od alcuni, la nomina dei mancanti è fatta dall'autorità giudiziaria che sarebbe competente a conoscere della controversia, semprechè le parti non abbiano stabilito diversamente.

Se ad alcuna delle parti che si obbligarono a compromettere siano succedute persone sottoposte a tutela, la facoltà di nominare gli arbitri è esercitata dal tutore con l'approvazione del consiglio di famiglia, o di tutela.

Annotazioni.

1. Giova notare che il presente articolo indica un progresso legislativo. Esso favorisce lo sviluppo di questa bella istituzione. Il compromesso fra gente che può disporre delle cose sue è un modo desiderabile di finire le questioni. L'uso del compromesso si aumenterà cogli incrementi civili. Il compromesso delle *future questioni* è di gravissimo vantaggio, specialmente in commercio. In effetto si tratta di vedere stabilito il *compromesso generale*, quello cioè che non descrive particolari e specifiche questioni, ma si estende a tutto un soggetto dal quale possono uscire dubbi e questioni, purchè esso stesso abbia i suoi con-

fini certi e noti, come un contratto, sia pure indefinito nelle sue future contingenze, quale una società. Simile compromesso, avente bensì la sua base e causa nel presente, ma operativo condizionalmente nel futuro, porta per conseguenza che *gli arbitri potranno anche non essere nominati*: modificazione del precedente articolo. Il tempo reca delle variazioni, gli arbitri potranno essere mancati, o divenuti incapaci, o degnamente revocabili. L'articolo tutto prevede. La nomina sarà fatta dal tribunale, il surrogato naturale dell'arbitro delle parti caduto in convenzione, o sarà eseguito il volere delle parti, sia anticipato nella stessa convenzione, sia soltanto preveduto. Merita ancora di essere avvertito come un progresso verso l'individuale libertà e verso la necessaria semplicità l'*abolizione del terzo arbitro o arbitratore*, che però risale al Codice del 1854 e al concetto del numero dispari.

2. **Precedenti storici**. — Il Codice francese sembra procedere in senso opposto: nell'articolo 1006 esige la *specificazione degli oggetti controversi*. Quindi non avevano tutto il torto gli uomini pratici, ordinariamente molto testuali, negando la legalità de' compromessi futuri arbitrandi da giudici non nominati (Merlin, *Supplément aux questions de droit*, t. VII, v° *Arbitre*, Thomine, t. II, p. 654). Ma infine la dottrina giuridica superò e passò sopra (la vera espressione) alla grettezza del testo. I costumi commerciali ne presentavano continuati esempi, e specialmente le compagnie di assicurazione amano la clausola compromissoria (Chauveau in Carré, art. 1006, q. 3279 bis; Goubeau, t. I, 120; Vatimesnil, p. 584 n° 40; Devilleneuve e Massé, v° *Compr.*, n° 74 bis).

3 **Questione**. — *La nomina che farà il tribunale degli arbitri non nominati o mancati, impedisce alla parte e sino a qual punto, di eleggerli a propria volontà?* La questione è stata altre volte esaminata. Fu deciso (*Journ. Av.*, t. IV, p. 551) che la nomina era semplicemente *comminatoria*, di guisa che la nomina fatta dal tribunale, eziandio accettata, non toglierebbe alla parte di nominare il proprio arbitro. In vari altri casi, benchè in ispecie non del tutto identica, fu ritenuta questa massima (*Journal Av.*, t. IV, pag. 586, t. XXXIII, p. 183, *Journal Pal.*, 3ª ediz., t. XXI, p. 870). Per altro è necessario porre tre ipotesi. Se tutte le parti concorrono nella nomina del nuovo arbitro, niun dubbio che la decisione del tribunale rimanga senza effetto. Se nell'atto del compromesso fu stabilito che la parte *A* nominerebbe il proprio arbitro, e così ognuna delle parti, e non in modo collettivo, è allora che nasce la questione. Il tribunale dovrà assegnarle un termine a nominarlo, e scorso il termine, sarebbe acquisito all'altra parte il diritto di avere per arbitro quello nominato dal tribunale. Ma ove il termine non fosse assegnato, è da ritenersi perduto il diritto di nominar l'arbitro, o quando il nominato avesse già cominciato le sue funzioni, o l'altra parte avesse proseguiti i suoi atti. Finalmente ove la nomina non potesse essere che collettiva, è manifesto che nè prima nè dopo la sentenza veruna delle parti potrebbe imporla all'altra.

Articolo 13.

L'accettazione degli arbitri deve essere fatta per iscritto.

Basta a questo effetto la sottoscrizione dei medesimi all'atto di nomina

Articolo 14.

Le parti trasmettono i loro documenti e le loro memorie agli arbitri senza alcuna formalità giudiziale.

Alla parte che ritardi la trasmissione s'intima di farla nel termine di giorni dieci, o in quello che sarà stabilito dagli arbitri, i quali possono anche accordare proroghe

Di tutto deve farsi menzione nel processo verbale

Articolo 15.

Scaduto il termine indicato nell'articolo precedente, gli arbitri giudicano sui documenti e sulle memorie stati loro trasmessi.

Annotazioni sugli articoli 14 e 15.

Troveremo due passi avanti un articolo (17) che attribuisce alle parti ed ai compromissari un arbitrio d'istruzione, sconosciuto ai giudizi ordinari. Intanto qua e là la legge va dettando

regole di condotta, non disgiunte da una certa facoltà discrezionale. Ciò si rileva dall'articolo 11. Nel seguente sembrerebbe accennarsi al dovere di ogni giudice, di giudicare sui documenti, ma invece si vuole ammonire la parte negligente che, quando anche nulla si fosse prodotto dal canto suo, gli arbitri proferirebbero non ostante il loro giudizio. Se la posizione si trovasse incompleta, insufficiente, non sarebbero però tenuti a giudicare; e verrebbero via prorogando sino a consumare il tempo del compromesso. Di questi e diritti e doveri dei compromissari è necessario tener conto, atteso la risponsabilità che incontrano (V. art. 34, alin. ult.).

Articolo 16.

Nel caso di morte di una delle parti, il termine per istruire e giudicare è prorogato di giorni trenta.

Annotazioni.

Una legislazione progrediente agevolando lo esperimento delle solenni convenzioni, e sgombrando gli ostacoli del *gius summum*. Finchè si stette nell'idea che il compromesso non fosse che un mandato, la morte di uno dei mandanti doveva sciogliere il contratto. Tale fu il concetto antico (Leg. 27, § 1 Dig. de recept. arbitris), a meno che non si fosse fatto menzione degli eredi, i quali venivano ad essere obbligati non quali mandanti, ma quali eredi. Nelle idee moderne, la morte di uno o più compromettenti richiamò l'osservazione del legislatore solo per questo, che si era per entrare in una nuova fase di relazioni personali; i successibili potevano non voler essere che eredi beneficiati, erano forse minori. L'art. 1013 del Codice di procedura civile francese limita di fatti il compromesso se gli eredi saranno minori. Accorda termine a deliberare e fare l'inventario. L'articolo 1142 del Codice di procedura sardo del 1849 non parla di eredi minori, ma sospende il giudizio quant'occorre *a fare l'inventario e deliberare*. Viene il nostro articolo e troncavi anche questa clausola, e puramente e semplicemente proroga il termine per trenta giorni. È notevole questo restringer del termine, che, secondo gli articoli 953, 959, 960, 961, per le operazioni di erede beneficiato, è tanto maggiore. Nella stessa brevità del termine bisogna vedere la facoltà degli arbitri di prorogarlo. Il dubbio può essere quanto *agli eredi minori*, di cui l'articolo non parla, ma è provveduto colla disposizione dell'articolo 12, alinea. Solamente potrà domandarsi se gli eredi minori siano obbligati a continuare il compromesso. E si può rispondere che come eredi sono tenuti, e come minori non lo sono, se non in quanto il compromesso si trovi ragionevole per essi e conveniente, il che vuol dire che sarà soggetto alla revisione dell'autorità tutelare. È chiaro che la tutela del minore potrà decidere se convenga o no continuare il compromesso, ma dovrà accettarlo come sta, senza variarne le condizioni, eccettochè tutte le parti interessate a loro volta convengano. Chiaro è pure che il compromesso andrebbe sciolto per tutte le parti (checchè si dica all'art. 32 *sulla nullità assoluta o relativa*), qualora ritirandosi il minore dal compromesso, mancasse al giudizio una parte necessaria.

Articolo 17.

Gli arbitri non sono tenuti di osservare le forme e i termini stabiliti per l'istruzione delle cause davanti l'autorità giudiziaria.

Le parti possono convenire altrimenti. In questo caso gli arbitri devono tenersi alle forme e ai termini indicati specificatamente nel compromesso.

Nel silenzio delle parti, o quando esse abbiano dichiarato che gli arbitri si attengano alle regole della procedura senza averle specificate, gli arbitri stessi stabiliscono i termini e il metodo del procedimento.

Annotazioni.

Il diritto della procedura non è forse d'ordine pubblico? Come mai vi può essere un giudizio, sia pure arbitrale, senza procedura, o con una procedura meramente convenzionale, o non approvata da veruna legge? Eppure tutto questo emerge formalmente dall'ar-

ticolo che esaminiamo e dai seguenti 28, 31 e 32, che, discorrendo i motivi di nullità o di rivocazione, non toccano punto ai difetti di forma. La questione teoretica che si nasconde sotto l'apparente semplicità di questo articolo non cessa di essere assai grave, e fa dolere all'annotatore la sterile brevità che gli è imposta.

La disposizione che fa dell'arbitramento un giudizio che de *bono æquo* si risolve senza metodo determinato di procedura, non è nuova; ma il Codice italiano (in ciò conforme a quello di Sardegna del 1854, art. 1116) si è allontanato sempre più dalle regole ordinarie che il Codice di Francia non facesse, mentre per esso (art. 1009) alle sole parti è dato il potere di stanziare d'accordo un metodo ordinario di procedura, e ciò non facendo si osservano le leggi ordinarie, laddove l'articolo 17 la stessa facoltà concede agli arbitri. Per tagliar corto alle tante e poco concludenti disputazioni che fanno gli scrittori francesi (e che possono vedersi in Bellot, t. i, pag. 160 e seg.; in Thomine, t. ii, p. 662, in Bortard, t. iii, p. 426, in Goubeau, t. i, p. 280, ed in altri), noi siamo sempre fermi nel dire, che le forme sono necessarie nei giudizi come garanzia di libertà e suggello di autorità dei giudizi medesimi, ma tra le forme bisogna distinguer bene quelle che sono essenziali onde un giudizio esista, e quelle che sono mutabili e circostanziali, come sogliono essere i metodi dell'istruzione, alla qual parte del processo si riferisce appunto la legge nostra. Inoltre altro il dire che un giudizio vaga a capriccio e senza verun ordine di procedura, ed altro il dire che la stessa legge autorizza le parti a tracciarne una fatta per il caso loro, o attribuire agli stessi giudici un potere discrezionale, che è il metodo della ragione. Sopra tutto convien riflettere, che le regole fondamentali del giudizio degli arbitri sono posate in tutte queste leggi che veniamo percorrendo, regole dalle quali non si può prescindere, e nelle quali consiste la parte più sostanziale della forma determinante i suoi propri e del tutto eccezionali caratteri.

La procedura adottata dai compromittenti è la convenzione, parte integrante dell'atto di compromesso; quella che gli arbitri seguono nella mancanza o insufficienza del dettato delle parti non ha, per così dire, un programma, ma si viene prudentemente esplicando secondo i bisogni della istruzione, e ciò senza perder di vista le norme principali istituite pei casi comuni che in ogni dubbio devono prendere a guida.

Articolo 18.

Gli atti d'istruzione e i processi verbali possono delegarsi dagli arbitri ad uno di essi, se ciò non sia vietato dal compromesso.

Annotazioni

1. Vi ha delle facoltà insite nella qualità di giudici di cui sono rivestiti gli arbitri. Una di tali facoltà è quella indicata nell'articolo. È necessario lasciare alla giurisdizione, qualunque sia, una certa libertà di esercizio, e non è la giurisdizione arbitrale ove le formalità abbiano ad essere più rigorose che nei giudizi ordinari.

2. **Questioni.** — *a) Il collegio degli arbitri può delegare un magistrato dell'ordine giudiziario e spedire, come dicesi, delle rogatorie per atti d'informazione o d'istruttoria?* Parliamo prima della delegazione della giurisdizione. Gli arbitri non possono delegarla: *In compromissis arbitrium personæ insertum personam non egreditur* (Leg. 45, Dig. de recept. arbitris). In ciò tutti i glossatori e del diritto romano e del francese concordano. La regola che in fatto di arbitri è peculiare e strettissima viene oggidì confermata dalla legge generale (art. 68. V. le Note a quell'articolo e le distinzioni e limitazioni relative). Ciò posto in fermo, resterà a vedere se gli arbitri potranno almeno commettere ad organi giudiziari, a giudici quali che siano, d'assumere certi atti, di praticare certe operazioni, p. es., a ricevere interrogatorii, esami di testimoni, giuramenti, ecc., se vi sia una ragione di comodità, di convenienza o di necessità. In altre parole, si può domandare se così facendo, gli arbitri si spoglino di autorità per investirne altri, dato che essi abbiano la facoltà di corrispondere coll'autorità giudiziaria, o le loro rogatorie trovino adesione presso di quella. Jousse, il vecchio ed assennato commentatore degli Statuti, Locré, noto per le sue ispirazioni autentiche, si pronunciarono negativi in ogni parte, e l'opinione loro è chiamata seria da quegli stessi che la vengono oppugnando (Carré, all'art. 1011). Nondimeno il Pardessus, Mongalvy, Dalloz, Goubeau, tom. i, pag. 290, Thomine, tom. ii, pag. 662, Vatimesnil, pag. 630, num. 232, Bellot, t. i, p. 289, Rodière, t. iii, pag. 20, e Chauveau in Carré, quest. 3298) si mostrano

meno rigorosi col sostenere che fanno che il demandare tali incarichi e rogatorie non costituisce una delegazione o cessione della loro autorità, e non esser quindi mestieri di espressa autorizzazione delle parti. Ma la ragione si nasce colla legge per dire che un esame di testimoni, l'assistere e dirigere un interrogatorio, il ricevere un giuramento, sono atti dell'autorità arbitrale, che delegare tali funzioni è cedere una parte di autorità. Nondimeno vi possono essere casi di sì assoluta necessità, e la rogatoria (che si rende eseguibile dal giudice) può esser così limitata da non potersi negare seguendo le regole e cautele di cui faremo discorso esponendo l'art. 68 e le leggi relative. Questa facoltà delle cose necessarie dovrà allora ritenersi implicitamente accordata dai compromettenti.

b) *Potranno gli arbitri commettere delle operazioni a persone dell'arte, come a periti, notari*, ecc.? Ciò è molto semplice, e non vi è motivo per dubitarne, Vatimesnil, num. 223; Chauveau in Carré, art. 1011, quest. 3229 bis colle decisioni ivi indicate.

Articolo 19.

Quando sorga alcuna delle questioni accennate nel primo capoverso dell'art. 8, o qualche altro incidente relativo a un fatto che possa dar luogo all'azione penale, gli arbitri devono rimettere le parti davanti l'autorità giudiziaria competente, e i termini per l'arbitramento sono sospesi sino al giorno in cui la sentenza pronunziata sull'incidente, è passata in giudicato, e notificata agli arbitri.

Annotazioni.

1. Le controversie che attaccano la validità del compromesso non appartengono agli stessi arbitri; ecco il senso nitido della prima parte. La seconda non è meno chiara, per quanto vuol dire; ma si sollevano alcune dispute, che l'articolo non poteva letteralmente risolvere. La terza è una decisione di tempo; pone come in quel dato caso si sospende il termine dell'arbitramento. Dichiarando rispetto a quali contingenze gli arbitri si astengono dal giudicare, rimettendo la causa all'autorità competente, la legge ci apprende che in ogni altra, per qualsivoglia altro incidente, il magistrato arbitrale giudica e procede. Il che è pure generalmente ammesso nelle dottrine (Jousse, *De l'administration*, n' 35 e 37, p. 699, 700, Boucher, num. 468 e seg.; Mongalvy, p. 196, num. 239, ecc.). I mezzi coercitivi onde far eseguire i loro decreti, gli arbitri li ripetono dal tribunale, che, prestando la sua assistenza, non s'impadronisce però degli atti d'istruzione. La *sospensione* si verifica nei casi contemplati; viene di poi un'altra disposizione che egualmente non lascia la menoma incertezza sopra un altro termine sospensivo (altre volte disputato) che deriva *dalle sentenze non definitive* o incidentali che si pronunziano dagli stessi arbitri (Vedi art. 31).

2. **Precedenti storici.** — Riteniamo la saggia generalità del nostro articolo — *incidente relativo a un fatto che possa dar luogo ad una azione penale*. Il Codice di procedura francese ha nell'articolo 1015: *Se un atto è querelato di falso anche puramente coll'azione civile, o se nasce un incidente criminale, gli arbitri rimettono*, ecc. Perciò le poche questioni che veniamo a proporre (perchè di fatti sono ancora proponibili) presentavano un certo maggior dubbio. L'articolo 1117 del Codice di procedura sardo del 1859 si esprimeva negli stessi termini.

3. **Questioni.** — *a) Basterà allegare un'eccezione di genere penale, o sarà d'uopo che la eccezione sia sostenuta, ove sia il caso, con atti formali, per es., colla iscrizione in falso, se di questo appunto si tratti?* Noto specialmente l'ultimo dubbio perchè molto agitato fra gli scrittori di queste cose. La miglior parte è nell'avviso che l'*iscrizione in falso* debba apparire formale secondo il prescritto della legge di procedura, anche perchè del falso si può disputare civilmente sino appunto alla consumazione di quell'atto (Carré e Chauveau, art. 1015, quest. 3323, Favard de Langlade, t. I, p. 200, Thomine, p. II, p. 270, ecc.). La formola dell'articolo permette un più largo apprezzamento; gli arbitri dovranno esaminare se la eccezione sia fondata, e dopo ciò, senza attendere più aperte dimostrazioni di volontà, si asterranno dal giudizio, e rinvieranno la causa al tribunale competente. Nè è necessario che sia veramente cominciata la procedura di falso, ove i sintomi della falsità siano abbastanza pronunziati. Ciò dee dirsi generalmente d'ogni altra eccezione che trasporti di necessità gli arbitri all'esame di un fatto penale, avvegnachè non esista querela, o non si trovi esistente il giudizio criminale.

b) Se gli arbitri siano competenti a verificare una scrittura impugnata di falso. Malgrado l'opinione di Carré, Dalloz, Boitard, io nego questa competenza, associandomi alle ragioni dette da Chauveau in Carré, all'articolo 1016, quest. 3321.

Articolo 20.

Gli arbitri decidono secondo le regole di diritto, se il compromesso non li abbia autorizzati a decidere come amichevoli compositori

Annotazioni.

1. Il giudizio della coscienza surrogato al giudizio della legge, il soggettivo all'oggettivo, l'equità al diritto, il giurato al giudice; ecco l'art. 20. Tutto questo adunque è buono. Così si fa una migliore giustizia che colla legge alla mano? Perchè no? Perchè il giurato in materia criminale si reputa migliore estimatore dei fatti giuridici del giudice stesso? Una domanda che chiederebbe molte pagine, sia da noi soddisfatta in poche parole. Ma prima tocchiamo del duplice aspetto *onde si può dire l'amichevole compositore non giudicare secondo le regole di diritto*. Ciò accade in ordine alle prove e in ordine alla decisione di diritto. La coscienza può appagarsi di un minor cumulo di prove, ha il suo modo di valutare gli elementi di convinzione; e quando attribuisce la ragione, ha un suo particolar modo d'intendere la giustizia. La legge civile ha bisogno di procedere nella sua forma ontologica, si direbbe oggettivamente cioè; non può rimettersene alla coscienza individuale per molte ragioni che qui sarebbe luogo enumerare,, quantunque vi siano pure dei casi in cui una buona e retta coscienza di giudice, arbitrante dell affare, informato di tutte le sue circostanze, farebbe assai bene. Ma quando le parti interessate e padrone di sè reclamano una tale giustizia domestica e patriarcale, il negarlo sarebbe ingiustizia; essi hanno ogni loro fiducia in quel tal uomo, e lo vogliono giudice, ecco ciò che manca ai giudici legali, manca, a così dire, questo battesimo della convenzione. L'amichevole compositore infine è qualcosa di più e di diverso da un giurato o da un giudice; l'amichevole compositore è la transazione, è la concordia, e il ramo d'ulivo fra nuovi e per lo più fra antichi rancori.

2. **Questione.** — *Gli amichevoli compositori sono assolti da ogni forma di procedura?* Io lo nego. L'arbitramento non può essere ridotto ad una parola senza significato; al *non-giudizio*. Tale sarebbe se a puro capriccio, senza informazioni, senza difese, senza termini convenienti, senza nessuna precauzione, ed infine alla cieca si giudicasse. Tale opinione è ritenuta dal Bellot, t. III, p 284; dal Chauveau in Carré, quest. 3354; e vi sono decisioni non poche in questo senso (V. ivi). Basta, a parer mio, farsi un'idea precisa dell'ufficio dell'amichevole compositore, *un giudizio di coscienza sì nel fatto che nel diritto.* Quale influenza sovversiva delle forme organiche e dell'ordinamento giudiziario, già statuite dalla legge, potrebbe avere la podestà del giudicare più ampla e più liberamente concessa!

Articolo 21.

La sentenza degli arbitri è deliberata a maggioranza di voti dopo conferenza personale dei medesimi.

Essa deve contenere:

1° L'indicazione del nome e cognome, del domicilio, o della residenza delle parti:
2° L'indicazione dell'atto compromesso;
3° I motivi in fatto e in diritto;
4° Il dispositivo;
5° L'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata;
6° La sottoscrizione di tutti gli arbitri.

Ricusando alcuno di essi di sottoscriverla, ne è fatta menzione dagli altri, e la sentenza ha effetto purchè sottoscritta dalla maggioranza.

Annotazioni.

1. Confrontando il presente coll'art. 360, si vedono ingiunte tutte le formalità proprie delle sentenze dei Tribunali, eccettuati i n. 3, 4 e 5, che mancherebbero di applicazione. Vedremo (art. 32) che l'inosservanza di ciascuna di codeste forme produce nullità. Gli stessi amichevoli compositori, quantunque si avvisasse il contrario da qualche autore, devono motivare il loro giudizio. Io non ho mai capito come un giudizio di coscienza non si possa motivare, vale a dire come e perchè non se ne debba avere un'idea chiara da chi giudica. Quanto alla votazione, la maggioranza decide, *purchè tutto il collegio sia presente ed informato*. Celso, secondo Ulpiano, Framm. 17 de rec. arb. in fin., avvertì che se uno dei tre arbitri era assente, non vale il consenso degli altri due, *quia in plures fuit compromissum, et potuit praesentia ejus trahere eos in ejus sententiam*.

2. **Questioni.** — a) *Se più capi distinti furono proposti agli arbitri, potranno rendere sopra ognuno separate sentenze?* Il dubbio è se rimangano tuttavia investiti di facoltà, ed esclusa, ben inteso, l'ipotesi che il compromesso abbia prestabilita la pronunziazione di unica sentenza. Rigettata l'opinione del Bellot, e ritenuta quella della maggioranza degli scrittori francesi rispondo, senza il menomo dubbio, per l'affermativa, dal solo caso in fuori che il termine del compromesso venisse a spirare e mancasse alle ulteriori decisioni. La proroga, è chiaro, a tutto rimedia, ma supposto che la proroga non venga, un altra questione ben più grave può suscitarsi: *se il compromesso intero cada in nulla, e nulla pure rimanga la decisione pronunciata.* Io credo veramente che la cosa sia così, perchè nella finalità il compromesso è unico, perchè non si sarebbe sottomessa agli arbitri quella parte soltanto, perchè la parte che restava a giudicarsi avrebbe potuto compensarvi (Merlin, *Arbitr.*, num. 6) (Ma vedi all'articolo 32).

b) *La decisione degli arbitri fa fede delle sue enunciazioni sino all'iscrizione in falso?* La questione (che non ha più luogo dopo che il tribunale ha sancita la decisione) per me deve risolversi affermativamente in ogni parte. E dico in ogni parte, perchè l'ultimo critico che se ne occupò dopo gli opposti e confliggenti avvisi della giurisprudenza, Chauveau in Carré (quest. 3337 bis), propose la seguente distinzione che io non ammetto: o la sentenza non contiene veruna enunciativa dalla quale risulti ch'essa avrebbe giudicato incompetentemente o perchè fuori del termine, o per altra ragione, allora essa fa fede in tutto. O al contrario, sebbene abbia poi dichiarato che il vizio o la nullità venne coperta e sanata dall'adesione delle parti, allora non le si deve credere, e può oppugnarsi semplicemente la scusa senza bisogno della iscrizione in falso, e come non provata. Non posso menar buona la distinzione, la sentenza deve far fede a se stessa in tutto o in nulla. E in tutto io credo, essendo l'atto di una persona morale non più privata, ma pubblica perchè avente giurisdizione, comunque l'eseguibilità della sentenza, per altri fini, debba impetrarsi dall'autorità giudiziaria.

c. *L'articolo accennando agli arbitri che si ricusano di sottoscrivere, comprende anche quelli che non sanno?* La questione, apparentemente senza importanza, è seria assai, e va a questo, *se si possano scegliere degli arbitri illetterati.* La legge non fa una condizione del contrario, ma parla spesso delle loro *sottoscrizioni* come formalità necessarie (art. 13 al., art. 21, n° 6). Per altro la soluzione del dubbio dovrebbe stare nell'art. 11 (Vedi sotto). Qui è però d'uopo censurare d'inesattezza l'ultimo periodo del presente articolo: alla parola *ricusando* conveniva aggiungere *o non potendo*.

Articolo 22.

Le sentenze degli arbitri devono essere pronunziate nel regno.

Articolo 23.

Le regole sull'esecuzione provvisoria delle sentenze dell'autorità giudiziaria sono applicabili alle sentenze degli arbitri.

Annotazioni.

Essendosi accordata agli arbitri la facoltà di ordinare l'esecuzione provvisoria delle proprie sentenze secondo le regole della procedura comune, conviene rimettersene all'arti-

colo 363. Se non fosse stata ordinata, potrà pure applicarsi la disposizione dell'art. 183, se ha luogo l'appello. Dovrà però osservarsi qual cosa sia stata intorno a ciò stabilita nell'atto di compromesso. Alcuno ha detto (Carré, art. 1010, quest. 3340), che la riserva di appellare fatta nel compromesso indica che le parti si oppogono all'esecuzione provvisoria. Io non divido questa opinione; sarebbe necessario che le parti lo *avessero espressamente dichiarato*, statuendo l'appellabilità della sentenza. Non ha più luogo, io credo, secondo la nostra procedura, la esecutorietà *di pieno diritto*: ma deve essere domandata (detto articolo 363).

Articolo 24.

La sentenza in originale è depositata coll'atto di compromesso, nel termine di giorni cinque, da uno degli arbitri, o personalmente o per mezzo di mandatario munito di procura speciale per quest'oggetto, alla cancelleria della pretura del mandamento in cui fu pronunziata: altrimenti è nulla.

Si forma processo verbale del deposito, che è sottoscritto da chi lo fa, dal pretore, e dal cancelliere. La procura anzidetta è annessa al processo verbale.

La sentenza è resa esecutiva e inserita nei registri per decreto del pretore, il quale deve pronunziarlo nel termine di giorni cinque dal deposito nella cancelleria.

Annotazioni.

1. Tanto rigore è ingiustificabile. L'articolo 1082 del Codice sardo del 1854 si limitava a dire che dentro giorni cinque uno degli arbitri deve rimettere l'originale alla segreteria. Non altrimenti l'art. 1020 del Codice di procedura civile francese con termine più breve (giorni tre). Nel nostro del 1859 (art. 1120) questa formidabile clausula passò, minacciando di ridurre al nulla l'operazione chi sa quanto lunga e faticosa degli arbitri, le spese e i diritti acquisiti dal compromesso, per una svista, per un ritardo, per la trascuranza di una inconcludente formalità! Io credo bene che in tal caso gli arbitri solidariamente saranno tenuti all'emenda dei danni, e che questa nuova causa dovrà essere aggiunta all'ultimo alinea dell'articolo 34.

Per questa legge adunque il pretore, che ha una competenza limitata a lire 1500, rende eseguibili le sentenze degli arbitri che possono contenere il valore di milioni. Più coerente, io tengo, alle norme della competenza generale era il precedente articolo 1121, che dava questa attribuzione al presidente del tribunale. Sarebbe con ciò tolto al magistrato esecutore ogni diritto di esame? O il suo esame sarebbe limitato alle forme puramente estrinseche, senza punto occuparsi delle intrinseche ed essenziali? E non è infine che una continuazione della giurisdizione volontaria? È ciò che veniamo a vedere.

2 Questione. — *Il magistrato a cui è attribuita la podestà di rendere eseguibili le sentenze arbitramentali, può egli rifiutarsi e per quali cause? ossia ha egli un diritto di esame, e fin dove si estende?*

Noi dobbiamo chiuderci interamente nel concetto del legislatore, e ad esso soltanto conformare la soluzione. E noi l'abbiamo, si può dire, nella qualità stessa del magistrato. Il pretore, dalla giurisdizione così ristretta non può levarsi giudice illimitato di veruna delle contestazioni che riguardano non solo la giustizia, ma neppure la legalità del compromesso, meno i casi che verremo or ora notando. Bisogna per conseguenza respinger tosto l'opinione di Pigeau (*Comm.*, t. I, p. 22) e quella anche più larga di Boitard (t. III, pag. 463), che accordano al presidente la più lata facoltà di revisione. Accostandoci di più alla dottrina di Bellot, Vatimesnil, Rodière, (t. II p. 30), Souquet (v° *Arbitrage*) ecc., ma con un'opinione forse media, noi diciamo — che l'ordinanza dell'*exequatur* non è una *sanzione passiva*, secondo l'espressione di Mongalvy (num. 400) — che l'autorità giudiziaria può dunque rifiutarla (V. articolo 25) — che sopra tre punti soltanto può versare la sua revisione: 1° se essa medesima sia competente, 2° se il compromesso non violi qualche legge d'ordine pubblico attesa la materia che ne fu il soggetto; 3° se il compromesso sia munito di quelle formalità estrinseche per cui è tale, per es., se il compromesso esista, se gli arbitri siano sottoscritti nell'originale della sentenza, se fu consegnato entro i cinque giorni, ecc. (V. anche Dalloz, v° *Arbitrage*, pag. 785, Giraudeau e Gœtschy, *Trat. prat. de l'arb.*).

3. *Sull'ultimo comma dell'articolo* 24. *Facoltà del pretore.*

Debbo aggiungere qualche parola sopra un argomento disputabile per la sua novità, e perchè la mia opinione ha trovato oppositori (1).

La facoltà del pretore non sarebbe che *esecutiva e complementare* anche per ciò che ne avvisò la Relazione ministeriale, la quale però (dicasi con tutto il rispetto) non fu esatta, paragonando l'ufficio del pretore a quello di un notaio che *appone la formola esecutiva agli atti proprii.*

Si conviene che l'ufficio del pretore non è passivo e come potrebb'esserlo? Se dovesse accettare a chiusi occhi ogni compromesso e apporvi l'ordine di esecuzione come fa il cancelliere ad una sentenza, tanto era che al pronunciato dei compromissari si fosse attribuito il valore di una sentenza eseguibile. Evidentemente il magistrato esercita in quell'atto una giurisdizione, qualunque ella sia.

Io ho indicato l'esame che deve proporsi il pretore in questa bisogna; ma si crede troppo esteso, e si vuole limitato a vedere — se la sentenza arbitrale sia stata deposta in originale, se siavi unito l'atto di compromesso, se ciò siasi fatto nel termine di cinque giorni e da uno degli arbitri personalmente o per mezzo di mandatario munito di procura speciale, e così pure nel distretto di quella pretura siasi pronunziata la sentenza arbitrale ».

È singolare questo modo di esaminare la competenza razionale del pretore si potrebbe domandare dond'è cavata la distinzione. È naturale che il tribunale civile, al quale possono portarsi i gravami contro il decreto pretoriale, non abbia altra misura di potere che quella attribuita come sopra allo stesso pretore, non essendo che il suo giudice d'appello.

Il pretore esercita in questo caso una funzione straordinaria e *sui generis*, senza limitazione di valore. Egli non pronuncia una decisione di merito. Ed è qui ove cominciamo a non intenderci, e sento il dovere di dare degli schiarimenti.

L'ufficio del pretore è limitato a questo solo: accordare o negare l'ordine di esecuzione al pronunciato arbitrale decreto che, a rigore, non ha d'uopo neppure di essere motivato, poichè la motivazione è uno dei caratteri delle sentenze; ma è molto ragionevole che si faccia, se il decreto è negativo. In qualunque caso si può *reclamare* al tribunale civile dal decreto pretoriale, che è da considerarsi come un vero appello (Vedi articolo seguente). Se *la esecuzione è negata*, non vi è più rimedio; il compromesso è andato a vuoto; la sentenza arbitrale non esiste; e quando ha ricevuta legale esistenza, può nonostante impugnarsi coi mezzi dell'articolo 32. Ciò, dico, senza pregiudizio dell'appello, come vengo dichiarando all'articolo seguente.

Non si tema adunque che il decreto che accorda l'ordine esecutorio faccia, come a dire, concorrenza, e in certo modo preoccupi il merito di quel giudizio, che potrà istituirsi in virtù del suddetto art. 32. Non si preoccupa nulla, perchè non si decide nulla in principio; ma soltanto sul dare o non dare la eseguibilità. Tuttavia la giustizia non si misura dalla portata che potrà avere una pronunciazione di giudice, ma dalla verità stessa delle cose. Se fra gli arbitri si trovasse una donna, se il soggetto dell'arbitraggio fu una questione matrimoniale, o di paternità, o di cittadinanza, credete voi che il pretore potrebbe accordare l'ordine esecutorio, cioè suggellare colla sua autorità una decisione sì mostruosa?

Articolo 25.

La cognizione dei reclami contro il decreto indicato nell'articolo precedente, o contro il rifiuto del pretore a pronunziarlo, appartiene al tribunale civile da cui dipende il pretore.

Annotazioni.

1. Il pretore può accordare o negare ingiustamente o nullamente l'esecuzione. Chi se ne grava, porta il reclamo *al tribunale civile da cui dipende il pretore*. Così sono fermati due punti molto disputati innanzi: 1° se il giudice esecutivo abbia una facoltà di revisione; 2° se vi sia un'autorità giudiziale, e quale sia, per far ragione dei reclami contro l'accordata o negata esecuzione. Nonostante la parola *reclamo* usata dalla legge, questo, a mio avviso, è un vero appello che si fa al tribunale civile colle forme consuete degli appelli e in via som-

(1) Amar, *Opera citata*, pag. 222 e 223. Io sono sempre grato agli oppositori cortesi, e rispondendo attesto la mia stima pel loro argomenti e per la loro persona.

maria (Vedi appresso, articolo 389) L'osservazione è interessante, mentrechè, se non fosse appello propriamente, ma ricorso come da sentenza impropria (tali sono quelle ordinanze che pronunzia un membro del tribunale da cui si ricorre al collegio) in simile caso si farebbe luogo al secondo appello innanzi alla corte. Conviene adunque che il pratico ponga mente avere il nuovo Codice diversamente qualificato il decreto di esecuzione da quello che era coll'art. 1123 del preced. (sardo), che giustamente, secondo il suo sistema, portava *la cognizione, dei richiami al tribunale o corte dal cui capo fu pronunciato il decreto*. Ritengo poi che l'articolo abbracci nella sua disposizione tanto il caso d'ingiusta omissione o reiezione quanto quello del vizio d'incompetenza.

2. **Precedenti storici.** — L'importanza di questa legge si ravvisa in confronto della francese che, non disponendo nel particolare, lascia tuttora quelle dispute che possono vedersi in Merlin, *Questions de droit*, vº Appello; in Mongalvy, nº 461, colle note aggiunte, edizione belga, in Souquet, *Dictionnaire de temps légaux*, vº *Arbitrage;* in Carré, qu. 3361, e Chauveau, ivi, ecc. Non essendo secondo quel sistema l'ordinanza una vera sentenza definitiva, e sopra essa pronunziandosi l'intero collegio, era naturale che pensandosi di annullarla, si dovesse di poi incaricare un altro magistrato per pronunciare nuova ordinanza. Vedi specialmente Mongalvy, al numero citato. Ora il giudice di appello, riparando o annullando, non ha che a seguire le norme generali di diritto.

Articolo 26.

Le istanze per il pagamento delle spese di deposito, della tassa di registro e simili, delle sentenze degli arbitri, possono essere dirette soltanto contro le parti.

Annotazioni.

Pronunziata la sentenza, il potere degli arbitri è cessato l'istanza dev'essere portata ai giudici ordinari, trattandosi di spese posteriori alla sentenza. Del resto, quanto alle spese del giudizio, gli arbitri hanno tanto la facoltà di liquidarle nella loro sentenza, quanto di liquidarle posteriormente se fatto non lo avessero; nè si potrebbe in tal caso opporre che la loro autorità è esaurita, mentre qualche cosa restava ancora a fare pel totale suo esaurimento (dal caso in fuori che fosse intanto spirato il termine del compromesso).

Articolo 27.

Contro le sentenze degli arbitri non si ammette opposizione per contumacia.

Annotazioni.

Equivale al dire che nei giudizi arbitramentali non si dà contumacia. La contumacia sarebbe un assurdo, essendo tutte le parti ammonite a comparire dal fatto della convenzione; l'opposizione sarebbe una violazione del patto in detrimento dell'altra parte, costringendola ad un'inutile perdita di tempo; finalmente gli arbitri, non avrebbero autorità per ritornare sulle proprie decisioni contumaciali e revocarle.

« La possibilità che il convenuto ignori la domanda contro lui diretta, e quindi il pericolo, ch'egli possa rimaner vittima di una sorpresa, non si verifica nell'arbitramento. Il compromesso è un atto comune a tutte le parti; se alcuna di esse non fa valere le sue ragioni e i suoi mezzi di difesa, ciò avviene non a caso, ma per sua volontà » *Relazione* Pisanelli

Sono quindi dichiarati inapplicabili gli articoli 380 e seguenti, relativi alla contumacia.

Articolo 28.

Le sentenze degli arbitri sono appellabili, eccettuati i casi seguenti:

1º Quando gli arbitri siano stati autorizzati a pronunziare come amichevoli compositori;

2º Quando i medesimi abbiano pronunziato come giudici di appello;

Articolo 30.

Contro le sentenze degli arbitri si ammette la domanda di rivocazione, nonostante qualunque rinunzia, nei casi, nelle forme, e nei termini stabiliti per le sentenze dall'autorità giudiziaria.

La domanda di rivocazione si propone davanti l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a conoscere della causa.

Annotazioni

1. Il titolo presente assai bene sistemato, passa a rassegna le diverse vie di oppugnare le sentenze, e le viene applicando colle dovute modificazioni al giudizio arbitrale. L'istituto della rivocazione (art. 494 e seg.) è applicato in tutta la sua pienezza e nonostante qualunque rinunzia. Sembra deviazione singolare dal sistema, che, mentre i giudici della rivocazione sono quegli stessi che hanno erroneamente pronunciato (art. 498), perchè sentenza infetta da errore di fatto o da vizi morali si considera non esistente, gli arbitri invece non possono rivedere la propria sentenza. Ciò avviene per la egualmente singolare natura degli arbitri limitati alla giurisdizione ad essi delegata, nella quale si ritiene non essere compresa la facoltà di giudicare due volte.

L'articolo 494 (Vedi appresso) parla di sentenze contraddittorie *in grado di appello*, perchè la rivocazione è rimedio straordinario, e i reclami debbono portarsi prima di tutto all'appello ordinario. Ma s'intende che, qualora la sentenza arbitrale formasse cosa giudicata, essendo inappellabile, la causa si porterebbe immediatamente al giudizio di rivocazione.

2. **Questioni** — *a) Per agire in rivocazione è necessario che la sentenza arbitrale sia munita dell'*exequatur? Così deve ritenersi. Il decreto esecutorio è il primo e ordinario esperimento della giurisdizione magistrale. Le eccezioni che militano contro la sentenza, in quanto sia nella sfera d'attribuzione del pretore, si oppongono in quel giudizio. La parte che si grava della sentenza, nel silenzio dell'altra parte, domanda che la esecuzione sia reietta. Se questo ottiene, il giudizio straordinario di rivocazione non ha più luogo.

b) Se la sentenza arbitrale contiene più capi distinti, e la rivocazione cade sopra uno di essi, avrà la sentenza stessa vigore in tutto il resto? Ciò è fuori di dubbio, ed è conforme al disposto dell'articolo 490.

c) Sarà applicabile l'art. 503? Io così penso.

d) Può il tribunale rivocante giudicare il merito secondo l'art. 509? Lo può come subentrato di diritto al tribunale arbitrale, la cui giurisdizione è finita.

Articolo 31.

Contro le sentenze degli arbitri pronunziate in appello è ammesso il ricorso per cassazione, eccettuati i casi seguenti:

1° Quando gli arbitri siano stati autorizzati a pronunziare come amichèvoli compositori;

2° Quando le parti abbiano rinunziato al ricorso per cassazione.

Le sentenze degli arbitri non possono essere impugnate per cassazione coi mezzi per cui è concessa l'azione di nullità dall'articolo seguente, salvo il diritto di ricorrere per cassazione contro la sentenza che abbia pronunziato sulla detta azione.

Annotazioni.

1. Ampliandosi nella legge italiana il concetto della cassazione, il ricorso fu ritenuto di diritto nei giudizi arbitramentali, contro ciò che tengono i francesi (art. 1095 del Codice sardo del 1854; art. 1127 del Codice del 1859, identico al presente). Non tutte però le cause, che autorizzano il ricorso in cassazione nei giudizi comuni, producono questo effetto negli arbitrali, rapporto ai quali è creato un rimedio nuovo, quello dell'*azione di nullità* (V. l'arti-

colo seguente). Al quale rimedio è data la preferenza sul ricorso in cassazione, come si manifesta dalle estreme parole dell'articolo senza però che il rimedio della cassazione, neppure per quelle tali cause, sia tolto, leggendosi, *salvo il diritto di ricorrere per cassazione contro la sentenza che abbia pronunciato sulla detta azione*. I rimedi adunque si moltiplicano e, quasi direi, si adossano sulla decisione degli arbitri, come a controbilanciare le garanzie che in quella difettano.

2. Quantunque nella prima linea dell'articolo si accenni in genere al diritto di ricorrere in cassazione *contro le sentenze pronunziate dagli arbitri in appello*, anche qui valga l'osservare che il ricorso avrebbe luogo immediatamente dalla sentenza degli arbitri *per convenzione inappellabile*, eccettochè non si fosse rinunziato al *ricorso*, rinunzia che non ammette veruna limitazione: non ammette limitazione (prego bene ad avvertirlo), perchè le cause più notevoli ed enormi di nullità, e particolari al compromesso, sono rassegnate al rimedio stabilito nell'articolo seguente, contro il quale niuna rinunzia suffraga.

3. L'articolo non indica in qual tempo o in qual modo s'interponga il ricorso dalla sentenza degli arbitri. Non altrimenti da quello che si è avvertito al precedente articolo, *il ricorso non può interporsi* (dato ancora che la sentenza sia inappellabile) *che dopo il decreto pretoriale che la rese eseguibile*, solo allora essa è riconosciuta legalmente come sentenza. Per diretta analogia coll'articolo 29, alinea 3, *dalla notifica del decreto esecutivo e della decisione arbitrale che vi è unita comincia a correre il termine dell'articolo* 518.

4. La sentenza che decide *la questione di nullità* è suscettiva di ricorso, ed è piano che essa lo è per le cause generali determinate dall'articolo 517.

5. Il ricorso in cassazione non è sospensivo. E nella soggetta materia Mongalvy, v° *Arbitrage* edizione belga, n. 559.

Articolo 32.

La sentenza degli arbitri può essere impugnata per nullità, non ostante qualunque rinunzia:

1° Se la sentenza sia stata pronunziata sopra un compromesso nullo o scaduto, oppure fuori dei limiti del compromesso;

2° Se la sentenza non abbia pronunziato sopra tutti gli oggetti del compromesso, o contenga disposizioni contraddittorie;

3° Se la sentenza sia stata pronunziata da chi non poteva esser nominato arbitro, o da arbitri non autorizzati a decidere in assenza degli altri;

4° Se non siano state osservate le prescrizioni degli articoli 21 e 22;

5° Se nel procedimento non siano state osservate le forme richieste nei giudizi sotto pena di nullità, quando queste forme siano state indicate specificatamente nel compromesso.

Annotazioni.

1. La legge non abbandona al volere delle parti ciò che vi ha di essenziale al carattere giuridico del compromesso, e toglie ogni efficacia alla rinunzia. I titoli di nullità contenuti nell'articolo essendo così essenziali come ho detto, si estendono ad ogni sorta di compromesso, *non escluse le pronunciazioni degli amichevoli compositori* (Mongalvy, v° *Arbitrage*, ediz. belga, n. 491). Mancando quelle forme intrinseche ed essenziali, non c'è compromesso, o non c'è giudice, o non c'è sentenza.

2. **Questioni.** — *a*) *L'azione di nullità è sospensiva?* Una notabilissima differenza dall'istituto francese richiama la nostra attenzione intorno all'indole di quest'azione (egualmente proposta dall'art. 1129 del Codice precedente) ad alcuni effetti del giudizio di nullità. Evidentemente la legge francese tendeva a rendere il rimedio più pronto, più semplice ed efficace. Perciò nell'articolo 1028 dichiara *che le parti potranno provvedersi, per via di opposizione contro l'ordinanza di esecuzione*, e questa opposizione in nullità vien fatta avanti il tribunale il cui presidente ha resa la suddetta ordinanza. (È principio incontrastato che l'ordinanza esecutiva mai *non è nulla di pieno diritto*). Suol dirsi in quel sistema, che *la domanda di nullità s'identifica colla opposizione*, e quasi si confonde con quella. E questo porta che *la opposizione sospende* necessariamente l'effetto della ordinanza, quantunque qualificata essa pure rimedio straordinario;

ed è ritenuto che quando l'esecuzione fosse ordinata, il rimedio della opposizione sarebbe tardivo, e non potrebbe sospenderne gli effetti (Carré, art. 1028, quest. 3306). La differenza della nostra da quella legge risolve il quesito. Il rimedio dell'*azione di nullità* è straordinario, della stessa indole della *rivocazione* e della *cassazione*. Non attacca il *corpus stesso* della ordinanza di esecuzione, non la impedisce di progredire, apre un giudizio nuovo ove si discuteranno i suoi vizi, ma intanto la sentenza così fornita d'esecuzione ha un sistema di cosa giudicata, e non è punto arrestata nei suoi effetti.

Il sistema francese, bisogna convenirne, benchè in apparenza più semplice, è più involuto ed assai meno logico, mentre condensando tante questioni di merito in un giudizio meramente esecutivo, viene anche concedendo al giudice d'esecuzione facoltà che non gli possono competere.

b) *Ma può proporsi la domanda di nullità prima dell'ordinanza esecutiva?* Rispondo del no, come per altro caso notai nel precedente articolo, *perchè trattasi di rimedio straordinario in certo modo surrogato alla cassazione* per la natura della sentenza d'arbitri.

c) *Se nel compromesso sono stabilite delle forme particolari al procedimento arbitrale, la inosservanza di qualunque di dette forme darà luogo all'applicazione del num. 5° dell'articolo?* Bisogna distinguere — o le forme specificate nel compromesso sono contrarie a quelle stabilite dalla legge come essenziali a tale giudizio, la convenzione non può aver effetto, e i giudici dovranno prescinderne e tenersi alla legge — o non siamo in quel caso, bisogna, al veder mio, suddistinguere. Se le forme sono di natura che, secondo la legge di procedura, devono osservarsi sotto pena di nullità, ovvero il compromesso porta che devono osservarsi sotto pena di nullità, il non osservarle rende nullo il giudizio; se le forme poi, per se stesse non necessarie, sono enunciate senza comminatoria, s'intende semplicemente a norma direttiva.

d) *Effetto della clausola penale.* Se le parti avessero stipulata una pena a carico di colui che si valesse dell'azione di nullità? Ritengo con Mongalvy e colla giurisprudenza da lui ricordata (n. 494 edizione belga) che la stipulazione sia nulla.

E ciò quantunque la *clausola penale* stipulata pel caso d'appello non tolga veramente la facoltà di appellare, ma obbliga alla pena.

e) *Se la sentenza è appellabile, è d'uopo esperimentare l'appello prima di instaurare l'azione di nullità?* Osservo che la *sentenza degli arbitri* si attacca di nullità, non quella che l'autorità giudiziaria pronuncia in grado d'appello. Quindi se l'appello è portato all'autorità giudiziaria, ritengo non vi sia più diritto all'azione di nullità, salve le vie della cassazione contro la sentenza d'appello.

Non si può non avvertire che l'articolo 1028 della procedura francese dichiara non *essere bisogno di appellare*, il che è contrario al naturale ordine dei giudizi. La clausola quindi non si legge nel nostro Codice.

2. *Sul n. 2 dell'articolo 32.*

Il compromesso viene considerato come un tutto indivisibile, perchè lo scopo comune agli interessati si è di dirimere per quella via tutta la importanza della controversia che si agita fra loro e non soltanto una parte. Se il compromesso lascia sopravvivere la lite anche in una parte, non soddisfa alla intenzione dei compromettenti e mal risponde al bisogno. Quindi sebbene gli oggetti del compromesso siano così diversi che presentino altrettante controversie distinte, il concetto della completezza della decisione rimane tuttavia nel mandato e nella causa intenzionale che lo produsse, diretta al totale esaurimento dei subbietti proposti.

Non dubbio che i compromettenti potrebbero accettare la decisione parziale, e la nullità sarebbe sanata.

Nè in tal caso potrebbe opporsi la clausola — *non ostante qualunque rinunzia*. Non si può costituire un compromesso che non sia un compromesso, cioè non contenga i requisiti che sono della sua natura, ma non sempre i *fatti posteriori* si reputano così perniciosi al principio di diritto come i *fatti anteriori*. Dove non si può rinunziare preventivamente all'appello, si può accettare la sentenza. Il fatto anteriore implica offesa al diritto, negazione della regola generalmente costituita, il fatto posteriore è qualche volta l'abbandono di un diritto acquisito; il che è molto diverso.

Nell'abbandono del diritto quesito entra una considerazione che richiama alla qualità della violazione che può rimproverarsi alla sentenza degli arbitri. Il pretore negherà la sua sanzione ad un compromesso pronunciato da arbitri minori, o scaduto il termine legale, ma se il giudizio perfettamente regolare non risolve che tre questioni, distinte in luogo di quattro, e le parti concordino di volere la esecuzione del giudicato, non potrà il pretore respingere la domanda sotto pretesto che il quarto capo del compromesso non venne deciso. Le parti potrebbero anzi averla accet-

modata fra loro quella vertenza, e l'attore averla abbandonata riconoscendola improponibile non bisogna dare alla disposizione legislativa una estensione che il retto senso non comporta.

Per ragionare secondo i principii, dovrà dunque dirsi che i cinque canoni specificati nell'articolo 32 non sono tutti di egual momento rimpetto al diritto. Generalmente vi domina uno spirito d'ordine inviolabile, o si riguardi la podestà e la giurisdizione, o la facoltà naturale di render giudizi, o la forma *quae dat esse rei*. Bisogna però convenire che il n. 2°, nella sua prima parte (1), ha una importanza meno grave nell'interesse del principio, troppo relativa all'interesse dei compromittenti, perchè la volontà loro non possa influirvi. La pluralità dei capi da decidersi anche in sè stessa, è accidentale anzichè essenziale.

Il difetto sarà sentito maggiormente qualora gli arbitri fungano l'ufficio di *amichevoli compositori* (articolo 20), perchè ivi è logico l'apprezzamento dell'insieme, anche nella divisione dei subbietti. Con tutto ciò non è possibile privare le parti interessate della loro naturale libertà di accettare il *decisum*, benchè incompleto.

Sulla unità della pronunzia.

La decisione che contiene più capi può essere proferita senza incorso di nullità, in tempi diversi, semprechè nel termine legale del compromesso, dopo il quale spira la giurisdizione e rimane senza effetto la parte decisa, tolto il caso sopra discorso. È consiglio della prudenza che la pronunzia esca intera, perchè si farebbero nascere controversie dallo stesso ufficio pacifico degli arbitri. Io però sono d'avviso che, nella suddetta ipotesi di più capi distinti, la pronunzia possa essere divisa nel tempo, anche funzionando gli arbitri come amichevoli compositori.

Sull'eccesso della pronunzia.

Distinguo: o quello che si è deciso in più ha una attinenza diretta colla materia sottoposta al giudizio degli arbitri, e rappresenta un *modo della decisione*, la nullità di tutto il giudizio è evidente, o il subbietto irregolarmente deciso è staccato, e non ha avuta veruna influenza sulla risoluzione degli altri capi di controversia, questa parte del giudicato si avrebbe come non esistente, e le altre parti rimarrebbero ferme.

4. *Alcune considerazioni sul giudizio di cassazione messo in rapporto col disposto presente.*

Le sentenze degli arbitri, pronunziate in appello possono essere impugnate con ricorso in cassazione quando non siasi rinunziato a questo rimedio (articolo 31). Ma non bisogna andare in cassazione coi motivi pei quali si spiega l'azione di nullità speciale ai giudizi degli arbitri.

Si osserva che codesti capi di nullità hanno appunto una relazione affatto peculiare coi suddetti giudizi, e riscontrando l'articolo 517 troviamo che l'ufficio della cassazione è ridotto ai soli gravami indicati al numero 3°, semprechè gli arbitri non abbiano pronunziato come *amichevoli compositori*, ma a termini di diritto, nel qual caso mancherebbe al ricorso la materia giuridica.

Non è neppure invocabile il n. 8, imperocchè il compromesso si ritiene comprendere la rinunzia a cose giudicate che fossero già nate su quel subbietto, avendo il compromesso virtù ed effetto di transazione fra le parti libere di trattare i propri affari.

Se gli arbitri-giudici avessero violato nella loro decisione qualche legge sostanziale, la sentenza sarà annullata come di ragione. A quale magistrato viene rinviata la causa?

Se la questione sottoposta agli arbitri sarebbe stata di competenza di un tribunale civile o di appello, e se fu rinunziato all'appello, la corte di cassazione rinvia la causa ad un tribunale civile che ha la sua sede più vicina. Ciò in relazione all'articolo 544 che prefigge queste norme. È un applicazione tutta speciale al giudizio degli arbitri.

Per l'avviso che ho sopra espresso, le parti compromittenti hanno facoltà di destinarsi dei giudici arbitri in appello, semprechè debba pronunciarsi a termini di diritto. Ora io credo che l'articolo 31 comprenda tanto le sentenze *proferite dagli arbitri in appello*, quanto *dalla corte d'appello* che ha riveduta la loro sentenza, comunque la espressione sia poco esatta. — E il rinvio dovrà sempre esser fatto ad una corte d'appello.

(1) Dicesi *nella prima sua parte*, imperocchè dove il giudizio stesso sia *contraddittorio* viene condannato dalla logica, che è legge suprema, e in sostanza non vi è giudizio di sorta.

Articolo 33.

La domanda di nullità si propone nel termine indicato nell'articolo 29 davanti l'autorità giudiziaria, che sarebbe stata competente a conoscere della controversia.

Quando sia dichiarata la nullità della sentenza degli arbitri, l'autorità giudiziaria pronunzia anche sul merito della controversia.

Annotazioni.

È dovuto al nuovo Codice l'avere qualificata nettamente l'*azione di nullità*, estraendola, per così esprimermi, dall'involucro dell'*opposizione* ove rimaneva imbarazzata, quasi all'uso francese (art. 1129, 1130, 1131 del Codice di procedura civile sardo del 1859). Quindi anche il termine, sempre dianzi controverso, restò chiaramente definito. La competenza del pari è stata fissata con precisione. Il *giudice dell'opposizione* non era sempre il competente a definire la controversia di merito, ond'era nato l'art. 1130 che lasciava molta incertezza.

Articolo 34.

Il compromesso cessa

1° Per la rivocazione della nomina degli arbitri, fatta di consenso delle parti, nella forma stabilita dell'articolo 11;

2° Per la morte, la ricusazione, la desistenza o l'incapacità di uno dei medesimi, salvo patto contrario e quanto è stabilito nell'articolo 12;

3° Per la scadenza del termine stabilito nel compromesso, o, in difetto, decorsi giorni novanta dal compromesso. Nel caso dell'articolo 12, il termine decorre dal giorno in cui sono nominati tutti gli arbitri.

Se nel termine sia stata pronunziata sentenza non definitiva, decorre dalla data del decreto che la rese esecutiva un nuovo termine eguale a quello stabilito nel compromesso o dalla legge

Gli arbitri che, accettata la nomina, e senza giusto motivo, desistano o non pronunzino nel termine stabilito, sono tenuti al risarcimento dei danni verso le parti.

Annotazioni.

1. Al n° 1° — Due cose vi sono chiaramente determinate: 1° che la revoca degli arbitri dev'essere formale; 2° che anche gli arbitri nominati dall'autorità giudiziaria (articolo 12) sono revocabili. La *revoca formale* non esclude la *revoca tacita*, quando essa pure sia formale. Tale sarebbe la *nomina di altri arbitri in luogo dei primi*; la *transazione*, che però può meglio qualificarsi una *revoca reale*, cioè l'abbandono del compromesso.

Debbo notare l effetto della transazione *posteriore all'emanazione del giudicato degli arbitri*. Sono state introdotte delle distinzioni che noi pure accettiamo. Se il giudicato era conosciuto, la transazione è valida ed innovatrice; se non era conosciuto, si suddistingue. O il giudicato è suscettivo d'appello, la transazione è valida, o era inappellabile, la transazione è come non fatta attesa la ignoranza del giudicato; e converrà ratificare la transazione, esprimendo il fatto per cui quella già stabilita non ebbe effetto. (Carré, articolo 1008, quest. 3286, e Chauveau, ivi, Goubeau, t. I, p. 224; Thomine, t. II, p. 660).

2. Al n° 2°. — Gli arbitri sono dunque ricusabili. Per quali cause? *Per tutte quelle che rendono ricusabili i giudici* che posseggono la giurisdizione maggiore quindi per quelle proposte nell'art. 116. Tale è la dottrina più ricevuta in Francia (Pigeau, *Commentaire*, t. I, p. 25; Thomine, p. 378; Carré e Chauveau, art. 1014, quest. 3317). L'art. 116 è tassativo, non semplicemente dimostrativo.

L'articolo non dichiara se le cause debbano essere *anteriori* o *posteriori* al compromesso (tutto questo si dice rispetto agli arbitri volontari, quanto a quelli nominati dal tribunale non occorre la distinzione). L'art. 1014 del Codice di procedura francese non ammette che le *cause sopravvenute* attesochè le parti

potevano eleggere arbitri non puri d'ogni macchia e d'ogni interesse nella intera libertà di cui godono. Questa condizione dobbiamo accettarla anche noi, è nella natura delle cose. Per altro la dottrina considerò, e con ragione, che le pecche dell'arbitro *potevano esser ignorate* (Dalloz, t. I, p. 693 not. 1, Goubeau, t. I, p. 232, Bostard, ecc.). In tutto questo la pratica procederà con molta cautela. È un eccellente rimedio la ricusazione, ma l'abusarne è così facile! La prova? basterà al ricusante il dire ch'egli ignorava? Questo no certo. Ci vorranno degli argomenti probabili, sebbene negativi, a persuaderlo. Vi saranno cause per se stesse non ignorabili (per es. un processo fra le parti, l'inimicizia, ecc.), altre deboli, altre meno facili a sapersi, o più gravi. Criterio d'apprezzamento.

3. Gli *arbitri conciliatori* sono ricusabili per quelle cause per le quali si *ricusano i periti* (art. 403). Ma questi non sono gli arbitri-giudici.

4. La *cognizione dei motivi* in questa materia appartiene al Tribunale o alla Corte che sarebbe giudice della causa. Così io ritengo. La *procedura da seguirsi*, come gli effetti della ricusazione, non possono esser diversi da quelli stanziati nel Capo III del Titolo I.

5. *In qual termine si farà la ricusa?* Tre giorni *prima della udienza degli arbitri*, per seguire l'indeclinabile analogia dell'art. 121 (Il nome del giudice in questo caso non può essere ignoto).

6. **Questioni.** — a) *Nel giudizio di ricusazione devono essere citate tutte le parti compromittenti?* Ciò è chiaro, atteso l'interesse che tutte vi hanno.

b) *L'arbitro, appena fattagli la notificazione dell'articolo 121, deve astenersi?* Questo pure è preciso pel detto articolo. Io tal esprimo con tanta asseveranza, quantunque conosca che la giurisprudenza francese vacilla ancora su questo punto. Ma ivi la disputa nasce principalmente sulla formalità della notificazione dell'atto di ricusa al giudice: questa avvenuta, l'astinenza del giudice è di diritto.

c) *Si può compromettere che gli arbitri non ricusati, o altri nominati a questo effetto, saranno giudici del ricusato?* Nessuna legge osta a siffatta convenzione (Goubeau, tom. I, p. 254, Chauveau in Carré, quest. 3380 bis).

Osservo che l'art. si è espresso impropriamente dove ha detto: *Il compromesso cessa per la ricusazione...*, essendochè la istanza del ricusante può anch'essa essere rigettata.

La clausola *salvo patto contrario* è manifestamente applicata alla *durata del compromesso*, che malgrado la *morte*, la *ricusazione*, ecc., potrebbe continuare in forza di opportune convenzioni.

7. **Al n° 3°** — Il termine della durata del compromesso è in piena balìa delle parti; la legge surroga il proprio di novanta giorni a quello che le parti hanno lasciato in bianco. L'articolo si è affrettato a dichiarare che la regola non corre rispetto alla nomina degli arbitri che fa il tribunale *in relazione all'articolo 12*. Lo stesso accade senza dubbio in quei casi nei quali le parti arbitrano in futuro senza nominare i loro compromissari come si è detto in altro articolo: dipendendo la nomina dal tribunale, varrà la stessa regola. Sulla decorrenza di questo termine, male fissato, in Francia si disputa ancora (Thomine, tom. II, p. 657, Bousquet, *Des temps lég.*, v° *Arbitrage* contro Merlin, ecc.). È da prevedersi un terzo caso. *In un contratto si nominano arbitri* per giudicare le contestazioni che da quello saranno per nascere. L'articolo si vede inapplicabile a questo *compromesso condizionale*. Il termine non potrà decorrere che dal momento in cui gli arbitri saranno intimati per entrare in funzione.

8. **Sulla proroga del termine.** — Le parti possono sempre prorogare il termine, ciò è indubitato.

Questione. — *Se nel compromesso fu data agli arbitri una facoltà indefinita di prorogare il tempo, non vi sarà in effetto limite alcuno a tale facoltà?* La prima difficoltà che si presenta è se colla *prima proroga gli arbitri abbiano esaurito la loro facoltà*, e contro l'opinione di alcuni chiari scrittori io recisamente lo nego. Quale base di ragione ha ella mai siffatta opinione? L'articolo 47 non è applicabile al compromesso. Ma dunque non vi sarà termine, dipenderà dagli arbitri negligenti o corrotti di stancare il tempo e la pazienza dei giudicabili? Non credo questo, ma ognuna delle parti potrà ricorrere al tribunale onde, date le circostanze, porre un limite di tempo entro il quale dovrà compiersi il giudizio.

Ritengo che la facoltà di prorogare, che non fu data nel compromesso originale, debba risultare da uno scritto, non però a tal rigore che i fatti successivi delle parti e le loro agitazioni giudiziali, o quella che chiamasi *procedura volontaria*, non bastino a comprovare la proroga.

Osservazione generale. — Se il compromesso è svanito per trascorso di tempo o per altra causa, *gli atti restano*, dai quali possono cavarsi delle *prove* valevoli in altri giudizi.

Osservazione al 1° alinea. — È fissata l'effi-

cacia interruttiva del termine nelle pronuncie interlocutorie, è stabilito il nuovo termine che ricomincia *ministerio juris*. Invero la durata del compromesso può così portarsi ad una grande diuturnità. Ma per *sentenze non definitive* s'intendono anche le preparatorie, ordinatorie, che nulla decidono del merito, e che non hanno seguito? Io nol posso credere, io che già mi sento inquieto per la troppa lunghezza del termine rinascente a periodi sempre uguali al primo

La *cessazione del compromesso*, finito il termine, è *totale* eccettuato il caso che dentro il termine non si fosse pronunciato sopra *capi distinti e separati* da quelli che restarono a giudicarsi, o si giudicarono fuori del termine.

Al 2° alinea. La disposizione è nuova, essa presenta agli arbitri una prospettiva poco confortante; è manifesto però che la comminatoria non sarà mai applicata che concorrendo o il dolo o la colpa lata, e quando il fatto sia proprio senza scusa.

Osservazione generale. — *Le norme del compromesso civile saranno applicate ai compromessi in materia commerciale?* L'art. 1136 del precedente Codice è stato soppresso; *arbitri conciliatori* si sono veduti apparire (articoli 402 e segg.), con norme non identiche. Opino che questo titolo non presenti che delle analogie, e non delle applicazioni dirette.

LIBRO PRIMO

DELL'ORDINE E DELLA FORMA DEI GIUDIZI

TITOLO I.

DISPOSIZIONI GENERALI.

Questo titolo ha ricevuto un'ampliazione richiesta dai bisogni della teoria. Disposizioni attaccate a particolari contingenze della procedura contenevano un carattere di generalità che andava così perduto, e ci lasciava incerti sopra le sue applicazioni più estese. Si è fatto di più; si è salito sino a ciò che è assiomatico nel diritto giudiziario; carattere dottrinario che io non rifiuto mai nelle leggi che amo di vedere intente ai principii sommi, e ricordarli talvolta. Ci sono anche delle cose nuove, malgrado la materia sia quella di tutti i Codici di procedura, del resto questo complesso di regole non forma un insieme all'uso delle famose *regulæ juris* del diritto romano, sintesi maravigliose che abbracciano tanto campo della scienza giuridica.

Articolo 35.

Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre la domanda davanti l'autorità giudiziaria competente.

Articolo 36.

Per proporre una domanda in giudizio, o per contraddire alla medesima, è necessario avervi interesse.

Le persone che non hanno il libero esercizio dei loro diritti devono essere rappresentate, assistite, o autorizzate a norma delle leggi che regolano il loro stato e la loro capacità.

Annotazioni.

1. Il motivo generalissimo e sottinteso di ogni piato giudiziale, si è voluto qui esprimere. Il criterio dell'interesse è semplicemente quello che le parti asseriscono di avere. « È noto l'assioma che l'interesse è la misura delle azioni. La dottrina e la giurisprudenza lo hanno sempre ritenuto, spetta alle medesime regolare l'applicazione, alla legge basta lo enunciarlo » (*Relazione Pisanelli*). E deve bastare anche a noi.

Capoverso dell'articolo. V. art. 136, 137, 138 del Codice di procedura civile; art. 28, 134, 224, 227, 296, 318, 329, 339 del Codice civile.

2. *Sulla nozione teorica dell'interesse.*

Si ha interesse quando la dichiarazione di

diritto, che per noi si chiede all'autorità giudiziaria, può tornar utile alla nostra persona e al nostro patrimonio, alla persona o al patrimonio dei nostri rappresentati. Noi ci facciamo centro o soggetto del diritto che in tal modo diventa concreto ed ha la sua realità effettiva, altrimenti si piatirebbe per un astrazione, per un'idea, per un principio come alcuno dice farsi in cassazione, il che però non è vero, poichè ivi pure, nel ricorso della parte, si propongono dei diritti concreti e non si esaminano i principii se non per farne applicazione a controversie nelle quali le parti hanno interesse

L'interesse è il subbiettivo senza cui l'obbiettivo è l'astratto, l'interesse non è che il motivo che ci fa agire, ma il motivo che giustifica il nostro accesso alle aule della giustizia il perchè vi ci troviamo Si deve aver bisogno della giustizia per invocarla, è allora soltanto che la nostra istanza e la nostra difesa diventa seria, ragionevole, rispettosa, efficace

L'interesse, come ognun vede, è ben lungi dall'essere il diritto, ma è la condizione per allegarlo e per essere ascoltati quando si propone di dimostrarlo. Noi non possiamo entrare, mantenerci al cospetto dei tribunali, che a questa condizione

È una nozione vaga e indeterminata questa dell'interesse e a taluno sembra non aver confine Primieramente bisogna guardarlo sotto un aspetto non assoluto, ma relativo, e l'interesse ha sempre qualcosa di specifico quando si rapporta all'oggetto in questione Due qualità che in esso devono concorrere, moderano la estensione del concetto. L'interesse deve essere *diretto e legittimo*.

Diretto dev'essere l'interesse, cioè esistere *nella questione o nelle sue conseguenze giuridiche* (V appresso), e non per quei vantaggi fortuiti che noi potremmo conseguire dall'altrui vittoria. Io creditore ho interesse che il mio debitore vinca una grossa lite, così diventerà più ricco e potrà pagarmi. Non è però questo l'interesse che io potrò allegare per intervenire nella lite e perorare a suo favore. L'interesse dev essere *legittimo* in quanto quello che è semplicemente motivo d'operare, possa comechessia, per dichiarazione di giudice, acquistare carattere di diritto E ciò è palese Si ha sempre interesse a domandare del danaro, ma niuno verrà in giudizio a dire che essendo povero, il suo avversario ricco deve accomodarlo di una somma L'interesse non è considerabile se non abbia una aspirazione verso il diritto. In questo modo l'interesse ci permette di esser ascoltati nelle nostre deduzioni di diritto, e questa medesima aspirazione, nobilitando per così dire la nostra istanza, fa lecito all'interesse d'indossare la veste giuridica

La prova dell'interesse è involuta nella qualità della domanda, e spetta all'avversario, anche coll'analisi della stessa domanda, provare che non avete interesse Certo se voi avete domandato cosa che non potrà mai profittare a voi ma ad altri che voi non rappresentate, sarete respinto in forza della vostra stessa domanda. Oppure l'interesse che in principio aveste, può esser cessato, e allora l'avversario vi chiuderà la bocca e v'impedirà di continuare nel piato, eccetto in quella parte in cui personalmente abbiate diritto alla rifusione di spese o danni È chiaro che quando si difendono gli altrui diritti cessando la rappresentanza, cessa anche l'interesse, l'interesse però non viene ordinariamente a cessare quando chi sosteneva azione di dominio ha ceduto ad altri la proprietà. Si considera *diretto* l'interesse anche quando non riguarda che le eventualità giuridiche, siano pure remote, che possono derivare dal fatto nostro. Chi ha ceduto la proprietà mantiene l'interesse della lite quand anche non si tratti che delle conseguenze della evizione, come sarebbe se noi siamo tenuti della evizione

Bisogna infine osservare che non avere interesse dicesi colui che se ottenesse quello che domanda, verrebbe a scapitare nella sua condizione giuridica il che vediamo spesso nelle cause penali Vi sono spesso condannati che non senza ragione assumono a dimostrare che la legge loro applicata fu male intesa. Che perciò? Se consta che la pena male applicata era più mite di quella che avrebbe dovuto applicarsi, il ricorrente non ha interesse e il magistrato lo respinge dolcemente da sè, va. tu sei fuori del senno non vedi che se si ammette la tua giusta domanda invece di sei mesi di carcere ti guadagnerai cinque anni di lavori forzati? In tal caso si ha l'interesse di non vincere, e il magistrato sente che in linea di giustizia non può concedere una vittoria così funesta l'interesse invece di esser compagno e sostrato del diritto, e movente dell'azione, si ritorce per soffocare il diritto.

Articolo 37.

Ogni domanda è proposta con atto di citazione, salvo che la legge stabilisca un'altra forma, o le parti compariscano volontariamente, osservate del resto le forme proprie di ciascun procedimento.

Annotazioni.

Per *domanda* devesi qui intendere non soltanto quella con cui s'introduce un proprio e vero giudizio, che non può mai cominciare che da un *atto di citazione*, ma qualunque altra iniziativa di procedimento relativa a materie dette *speciali*, che formano il soggetto del Libro III della procedura civile. Ma potrà un giudizio, anche formale, iniziarsi senza citazione e per comparsa volontaria delle parti? Io ne avrei proprio dubitato, se le parole di quell'egregio che stese il progetto che poi fu adottato, non fossero venute a illuminarmi ed a persuadermi di sì notevole e, quasi si direbbe, ardita innovazione sul sistemi conosciuti. Ecco le sue parole che vogliono essere meditate « Ma anche quando sia richiesta la « citazione, possono le parti presentarsi volontariamente davanti l'autorità giudiziaria « per far valere le loro ragioni. Siffatta facoltà non proscioglie i litiganti dall'osservanza di tutte le altre forme che governano « ciascun procedimento giudiziario. Il progetto ammettendo che *le parti possono presentarsi volontariamente in giudizio*, non « dispensa che dalla notificazione per atto « d'usciere ».

Articolo 38.

Non si può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta, eccettuati i casi determinati dalla legge.

Annotazioni.

Il diritto della difesa è qui proclamato, e poi subito messo in forse dalla limitazione. Io non conosco fortunatamente veruna *domanda contro di alcuno*, sulla quale, *possa statuirsi non citata o non sentita la parte contro cui è proposta*. Ho sempre deplorato questa forma, pur troppo così frequente anche nel presente Codice, questa forma di rinvio generale ad altre leggi che non s'indicano, e che per avventura non esistono. Vi sono delle materie che si trattano *senza contraddittore* in camera di consiglio (art. 778, 794, 845), per es. materie d'ordine amministrativo, che hanno d'uopo di un rito giudiziale (art. 825, 847), e forse alcune altre disposizioni meglio ordinate che il presente articolo non suppone.

Non bisogna confondere le determinazioni che risolvono sul diritto con quelle che non fanno se non compiere o perfezionare un dato rapporto contrattuale, o autorizzare un atto volontario delle parti che ha mestieri di essere riveduto in un riguardo d'ordine pubblico, e si conoscono col nome di *omologazione*. Esempi ne abbiamo nell'art. 216 del Cod. civile rapporto alle adozioni, e negli articoli 224, e 301 pei contratti dei minori soggetti alla patria podestà o alla tutela. E così pure nell'articolo 158 in fatto di volontaria separazione dei coniugi. Ma in codesti e simili casi non si tratta di proporre domanda *contro una persona*, nè di far decidere il diritto *a danno di una parte* che non sia citata o chiamata: risoluzioni di carattere ordinatorio o amministrativo che non ledono alcuno, lasciando integri i diritti delle parti e la facoltà di esperimentarli nei debiti modi.

Articolo 39.

La notificazione di qualunque atto, che la legge dichiari doversi fare alla parte personalmente, si fa mediante consegna di copia dell'atto nei modi stabiliti per la citazione.

Annotazioni.

L'articolo 135 pone la regola *che la citazione dev'essere notificata alla persona del convenuto*. La necessità delle cose impone bentosto la limitazione della regola. V art. 139.

Articolo 40.

Quando, a norma dell'articolo 19 del Codice civile, si elegga domicilio in un comune senza indicare la persona o l'uffizio presso cui si elegge, l'elezione produce soltanto l'effetto di determinare la competenza.

Quando sia indicata una persona o un uffizio presso cui si elegge domicilio, tutte le notificazioni relative all'atto per cui si fece l'elezione possono eseguirsi al domicilio eletto, salvo i casi indicati nel capoverso dell'articolo 140.

Annotazioni

1. Esso ha ragione di stare fra le regole generali per essere più largo e comprensivo dell'art. 140, col quale poi a certi effetti si congiunge. L'art. 19 del Codice civile stabilisce la relazione di diritto: *Si può eleggere domicilio speciale per certi affari od atti. Questa elezione deve risultare da prova scritta.* L'articolo dichiara l'effetto giuridico di una convenzione o dichiarazione più o meno specifica rapporto al luogo, effetto che comincia a manifestarsi e diviene considerabile entro la *periferia di un comune*. Ne risulta abbastanza chiaramente, che non avrebbe alcun effetto una convenzione o dichiarazione di domicilio che si permettesse una estensione maggiore che quella di un comune, per es. il distretto di una prefettura o di una corte di appello, o pur anche di un tribunale, sia per termini troppo vaghi, sia perchè non potrebb'essere nucleo di ogni competenza, cominciando da quella del conciliatore, che muove dai centri più limitati.

2. Che la elezione del domicilio *in un comune*, senza veruna indicazione di luogo specifico e di persona determinata, abbia l'effetto, senza dubbio, importantissimo di *stabilire la competenza*, è un portato della nuova legislazione. Che una così fatta elezione di domicilio nulla influisca sulla modalità della citazione o di una notificazione qualunque, è palese dalle altre regole del Codice. L'atto non si notifica in quel comune ogni volta che in esso non risieda il citando o non vi abbia il suo *domicilio reale*: mentre a chi mai e in qual luogo presso potrebbe notificarsi?

3. La maggiore efficacia della convenzione domiciliare rispetto ai giudizi favorisce la libertà, restringendo l'autorità regolatrice dello Stato. Questa tendenza dei nuovi Codici si manifesta eziandio nel presente articolo. È osservabile che, a ragione d'importanza, si è voluto farne una regola generale. La seconda parte dell'articolo risponde alla prima, in quanto questa fissa l'effetto del domicilio generico in un dato comune, e quella dichiara che una elezione a luogo e persona determinati si parificano alla presenza personale, alla residenza e al domicilio reale per la validità di ogni notificazione giudiziaria. Questo articolo che non fa che rivestire di modalità il 19 del Codice civile, al pari di quello non distingue se l'elezione sia un fatto unilaterale, o bilaterale e contrattuale, che sembrerebbe dover produrre effetti dissimili. Per altro è cosa rara, e non accade quasi mai, che taluno si assoggetti a questa vera restrizione della propria libertà, se non in qualche modo obbligato dalla sua posizione verso un terzo qualunque. È perciò che la elezione del domicilio giudiziale (a differenza di ogni altro spontaneamente e a proprio comodo prescelto) si qualifica ordinariamente per una obbligazione.

4. **Precedenti storici**. — La elezione del domicilio, agli effetti giudiziali, fu attributiva di giurisdizione sino dall'epoca classica (Leg. 1, 2, 19 Dig. de judic.; Leg. 29 Cod. de pact. convent.; Leg. 18 de jurisd.): valeva eleggere a se stessi la giurisdizione. Io non ho qui spazio per esporre quei testi, ma vi troverei facilmente un elemento convenzionale, molto consimile a quello onde le parti scelgono il proprio giudice. Neppure per le leggi nostre si ha grave occasione a disputare se la elezione del domicilio giudiziale non sia, fino ad un certo punto, attributiva di giurisdizione, ma le discordie furono grandi quando si trattò di sapere se il domicilio di elezione surrogasse il reale all'effetto della notificazione degli atti, delle citazioni e delle sentenze principalmente (Boncenne, t. II, p. 218; Favard de Langlade, t. I, p. 136; Dalloz, t. VII, p. 736, n° 7; Chauveau su Carré, quest. 305 bis). La dottrina e la giurisprudenza si pronunciarono generalmente a favore della legalità dell'atto notificato al domicilio eletto, e così pure noi abbiamo ritenuto nel *Commentario al Codice sardo*, vol. 2, p. 228, 229).

5. **Questioni**. — *a*) *La elezione del domi-*

cilio è determinativo di competenza anche per quanto riguarda le azioni reali? Motivo di dubitare sarebbe la natura stessa delle azioni reali (fra queste ponendo anche le possessorie di qualunque indole) che si deferiscono al giudice locale per ragioni di peculiare interesse nell'amministrazione della giustizia; ma la legge odierna troncò le dispute, e pose al di sopra di ogni altro riflesso la volontà delle parti. Onde nacque l'articolo 95 (Vedi a suo luogo).

b) Il creditore, o chi si pretende tale, non avrà egli medesimo la facoltà tanto di preferire la giurisdizione ordinaria, che di citare il preteso obbligato al domicilio reale? Ciò è fuori di dubbio (Merlin, vº Domicilio eletto, § 2; *Commentario al Codice sardo*, vol. 2, p. 229; *Annotazioni al Codice civile del* 1865, per Cattaneo e Borda, art. 19, nº 3).

c) Il domicilio eletto per un pagamento o per la esecuzione di un contratto ha esso gli effetti determinati in quest'articolo? Se l'azione è relativa al pagamento o alla esecuzione del contratto, rispondo affermativamente, malgrado le diverse opinioni di non pochi glossografi francesi. Checchessia di quel Codice, non si può dissimulare nè la latitudine del presente articolo, nè lo spirito più liberale di questa legislazione. *Le altre note che riguardano la materia sono portate all'articolo* 140.

Articolo 41.

Gli uscieri procedono alle citazioni, notificazioni, e agli altri atti del loro ministero senza permissione dell'autorità giudiziaria, salvo i casi in cui la legge stabilisca diversamente.

Gli uscieri sono tenuti di indicare nell'originale e nella copia degli atti ai quali procedono le spese dei medesimi, sotto pena dell'ammenda di lire cinque.

Gli uscieri non possono fare atti del loro ministero che riguardino se stessi, la loro moglie, i loro parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente sotto pena di nullità.

Annotazioni

1. **La omissione o l'errore nella nota della tassa non influisce sulla validità dell'atto.** L'usciere paga cinque lire *a pena della omissione totale*, ecco tutto. La disposizione non è estensibile agli atti da procuratore a procuratore (Chauveau in Carré, quest. 215 ter).

2. Gli atti che gli uscieri non possono fare *per se e pei parenti*, non si possono far *contro*. Vero è che il pericolo della corruzione e del favore motivò questa disposizione, d'origine francese, ma, prescindendo dall'osservare che è difficile far la cerna degli atti e separare quelli che sono in difesa da quelli che in offesa, non si può imporre all'usciere l'atto ripugnante: nel primo caso l'immoralità sarebbe un pericolo, e nel secondo sarebbe un fatto, e, che è peggio, un fatto legale. La nullità dell'atto, fondata in tali cause, è allegabile da ogni parte, e dagli stessi parenti. Quanto alla *moglie* il divieto opera ancorchè legalmente separata dal marito usciere. Morta la moglie, dura il vincolo d'affinità quantunque non esista prole, secondo la determinazione del Codice civile (art. 32), seguendo le tradizioni del diritto ecclesiastico. Dura pertanto l'impedimento dell'usciere contro i parenti stretti della moglie, affini suoi. Benchè la parentela naturale cominci e finisca nel padre e nella madre, constatato il vincolo, non potrà l'usciere far atti pro o contro il figlio naturale (V. Pigeau, *Commentaire*, t. 1, p. 190).

3. **Questione.** *Può l'usciere fare atti del suo ministero in confronto di persone sue parenti o affini, ma rappresentanti l'interesse di terzi che non sono per lui nè l'uno nè l'altro?* Rispondo che non è questo il caso di applicare l'articolo, salvochè i rappresentanti non avessero nell'affare un interesse personale. Adotto così la decisione del Chauveau in Carré, quest. 343, ter.

4. *Sulla facoltà delle intimazioni d'usciere.*

Generalmente l'usciere è un ufficiale che si muove per mandato della parte, indipendentemente dall'ordine o dalla permissione del giudice. Questa regola tocca ad un principio fondamentale nel sistema che lascia il più che è possibile di libertà alle parti per iniziare e proseguire il processo, servendosi dell'organo legale per notificare gli atti di procedura, laddove il magistrato giudiziario, contro ciò che si usa altrove, nella formazione dei processi ha la minore ingerenza possibile. Così il ministero dell'usciere è organato con una certa indipendenza, ha le sue responsabilità, e quindi la coscienza dell'opera sua. Sembra però che qualche eccezione si rinvenga nel Codice

stando a quelle parole — *salvo i casi in cui la legge stabilisca diversamente*

Volendo un momento osservare come si giustifichi questa riserva, lungo il Codice s'incontra qualche caso nel quale l'usciere agisce in virtù della ottenuta permissione del giudice. Tal è quello dell'articolo 788. Il processo dell'azione civile è di una specialità, per così dire, speciale. La parte accusatrice non ha la libertà del suo mandato, prima di ferire colla intimazione di un atto personale il magistrato che accusa, dev'esserne autorizzato: così l'usciere subordina anch'esso il suo ufficio a tale autorizzazione, poichè deve farsene capace, e solo in obbedienza di quella può passare alla notificazione dell'atto.

E non è il solo caso nel quale il giudice ordina d'ufficio la notificazione di un atto. E ciò avviene di solito allo scopo di economizzare il tempo, onde una citazione non risulti serotina e angustiosa in relazione al termine che lo stesso giudice ha fissato. Possono nella rispettiva loro sfera il conciliatore, il pretore, il presidente di un tribunale o d'una corte abbreviare, che si direbbe assottigliare, il termine nelle più strette proporzioni della distanza (articolo 154), e allora, secondo lo stesso articolo, col dare la *permissione del termine*, stabilisce per quello *entro cui la citazione deve notificarsi*. Vi è però un divario da questo al caso sopra osservato. Quindi si tratta di autorizzare la *materia stessa dell'atto*, in questo l'usciere è inabilitato mancando l'autorizzazione, in quello l'usciere è abilitato dal proprio ufficio, e d'altra abilitazione non avendo mestieri, è tenuto a compiere il mandato della parte senza farsi giudice della temporalità del termine, e non si può dire che non si è propriamente nel caso della eccezione dell'art. 41.

Havvi poi un'altra specie affatto singolare, ed è quella dell'articolo 385, per il quale le sentenze si notificano al contumace mediante un usciere nominato, ossia *destinato dall'autorità giudiziaria*. Si può chiamare una *permissione* anzichè un ordine, mentre l'attore potrebbe non farla mai quella notificazione, e non può esservi costretto, ma in quel modo soltanto gli è *permesso*, onde l'intimo abbia il suo valore giuridico, e ciò che è negato al comune degli uscieri, a quell'uno è concesso.

Caso di vera *permissione* è quello che s'incontra nel seguente articolo 42, capoverso 2°.

5. *Sull'articolo 175 del R. Decreto 6 dicembre 1865, relativo all'ordinamento giudiziario, e competenza dell'usciere.*

L'articolo 175 del suddetto ordinamento è così espresso: « Gli uscieri delle corti e dei tribunali fanno esclusivamente gli atti propri del loro ministero per gli affari di competenza della corte o del tribunale a cui appartengono nel comune di loro residenza. — Quelli delle preture esercitano le loro funzioni per gli affari di competenza della pretura a cui sono addetti in tutto il mandamento. Gli uni e gli altri possono, salve le dette riserve, esercitare indistintamente gli atti propri del loro ministero per tutta la circoscrizione territoriale della corte, del tribunale, e della pretura da cui dipendono ».

Alla inosservanza di questa disposizione non vedendosi affissa la sanzione di nullità, qualche autorevole opinione si è decisa per la sentenza più mite, persuasa primieramente dalla regola generale, che è pure sancita nell'art. 56 del Codice di procedura, non doversi pronunciare la nullità degli atti della procedura, se questa non sia dichiarata dalla legge. E ridevolissimo argomento parve anche quello che deriva dall'articolo 183 dello stesso Ordinamento che punisce con grave pena pecuniaria gli uscieri che eccedono scientemente i limiti delle proprie attribuzioni senza pregiudizio dell'azione penale. Al che si aggiungeva che dove la legge ha voluto colpire di nullità l'atto d'usciere non conforme alla sua disposizione, lo ha detto espressamente, come si ha nell'articolo 41 del Codice di procedura (1).

(1) Questo sistema fu adottato dalla corte d'appello di Napoli del 18 febbraio 1867 (*Annali della Giurisprudenza italiana*, 1866-67, part. II, pag. 437; Collezione Bettini-Gianzati 1867, part. II, p. 77). E forse non è la sola decisione dei nostri magistrati. In Francia, con disposizione simile, il dissenso è ancora più pronunciato di quello che possa esserlo per noi, come successivamente verremo a dimostrare. La Corte di Rennes, dopo aver ritenuta la nullità in due decisioni, scoperse nella legge [illegible] a poca distanza, che l'articolo 1030 della procedura non concede che sia dichiarata una nullità non comminata dalla legge. Si è anche creduto che una decisione della Cassazione francese del 6 luglio 1814 decidesse in questo senso, almeno implicitamente, col dire che una citazione in opposizione a sentenza contumaciale non è nulla, benchè notificata per mezzo di usciere che non era quello del giudice di pace che aveva reso il giudizio, non trovandosi scritta la sanzione di nullità. Ma osservavano Chauveau, e con esso il Carré, che quella sentenza non decide nulla in proposito della questione presente, mentre l'articolo 20 della procedura (da essa invocato) non disponeva per quale usciere

Prima d'inoltrarmi in questo esame, dirò il modo col quale intendo l'articolo 175, poichè pur troppo neppur qui siamo tutti concordi (1).

Ma, se non è presunzione, direi che dovremmo esserlo. Per me risulta evidente, essendo letterale che la competenza degli uscieri della corte non è *esclusiva*, se non per gli atti che fanno nella periferia *del Comune ove la corte ha la sua residenza*, e così dicasi rispettivamente degli uscieri dei tribunali e degli uscieri delle preture, ove il giro del mandamento equivale al Comune. E quello si direbbe il territorio sacro all'esercizio privativo dell'uscierato; ivi esiste un nucleo di codesti funzionari che non dev'essere disturbato dalla concorrenza dei suoi confratelli, ma neppure caricato di soverchio, anche per ragione del pubblico interesse. Se gli uscieri della corte (2) dovessero prestare servigio privativo in tutto il territorio di essa per gli affari di sua competenza, non basterebbero, renderebbero in realtà un cattivo servigio, e con ciò si porrebbero le parti a dura condizione, qualvolta abitando molto lontano dalla sede della corte, benchè nell'ambito della sua giurisdizione, per solito molto estesa, non potessero rivolgersi all'ufficio degli uscieri locali, ma dovessero muover quelli che stanno nel centro. O il pronto servigio non saria possibile, o la spesa saria eccedente, e la legge dispose perchè ciò non fosse. Quindi dal *privativo* ed *esclusivo* si passa all'*indistinto*: *gli uni e gli altri possono esercitare indistintamente*: ed al l'esercizio promiscuo. Gli uscieri dei tribunali devono rispettare e astenersi dal Comune ove risiede la corte, quelli della pretura dal Comune ove risiede il tribunale, e quelli della corte e dei tribunali si astengono dal mandamento al cui giro ristretto sono sufficienti quelli che vi sono addetti, fuori di ciò il loro esercizio è comune. Questa è la economia del sistema, questo è il suo organamento, questo è il senso dell'articolo 175.

Non so se abbia potuto produrre qualche confusione nella mente la espressione — *per gli affari di competenza*, ecc. Ma ciò pure si spiega. Basterà un esempio. Gli uscieri di una corte d'appello o di un tribunale non potranno andare nel mandamento per supplire agli uscieri che vi sono addetti *per atti di competenza pretoriale*. Ma non vi ha difficoltà che un usciere di corte d'appello non possa ivi fare atti per quei giudizi che si portano alla cognizione di essa Corte.

Tornando ora alla questione della nullità e rispetto all'argomento oppositivo che si deduce dall'art. 56 della procedura, due cose sono da osservarsi: 1° che lo stesso art. 53, nella sua seconda parte, contiene una regola d'ordine superiore, e più generale ancora di quella che nella parte prima, 2° che altri principii, che possono ben chiamarsi custodi di ogni competenza giudiziale, reclamano la loro applicazione anche indipendentemente dall'articolo ora citato.

E veramente sono questi che decidono della nullità nel caso attuale. Non si tratta di un atto *mancante degli elementi che ne costituiscono la essenza*, come se un atto di notificazione non portasse il nome dell'usciere. Si tratta invece di conoscere quale sia la podestà di quell'ufficiale giudiziario che si chiama usciere. E può bene lasciarsi in riposo l'articolo 56, che, pro o contro, non ci sta per nulla. I francesi la chiamano *competenza dell'usciere*, e credo non male. Ed è certo una podestà loro propria; qualità autentica, competenza nel rapporto dell'esercizio in quanto è limitato circoscritto e diviso. Questa divisione, questa separazione, bisogna bene concepirla nell'ordine. Niuno troverebbe buono che un usciere che esercita nel territorio della corte di Firenze si portasse nel territorio di quella di Napoli per ivi funzionare. Un limite adunque ci dev'essere: ed ecco la competenza. Ma siete disposti a rispettarla in grande, nè credereste valido l'atto che l'usciere di Firenze andasse a fare in Napoli, converrà bene

avesse a notificarsi la citazione. Un'altra decisione della corte suprema di Francia si pronunziò per la nullità (21 frimaio, anno XI, *Journal Avoué*, t. XIV, pag. 347); ma vedremo più avanti che in altre posteriori la cassazione ha abbandonata quella dottrina.

Fra gli scrittori francesi, Pigeau, Comm., tom. II, e Thomine-Desmazures (t. I, p. 45 e 53), e Adolfo Chauveau in Carré, quest. 8, stanno per negare la nullità. Quanto ai lavori italiani, si allegano gli autori del *Commentario* dei codici sardi del 1854 e 1859, il rispetto dei quali c'importa una risposta particolare.

(1) Una circolare dell'esimio presidente, che già fu della corte d'appello di Brescia, ricordando le disposizioni dell'articolo 175, faceva sentire agli uscieri dei tribunali del territorio della corte che dovrebbero astenersi dal notificare atti riguardanti la stessa corte. La circolare eccitò una critica giusta, secondo me, come può vedersi nell'eccellente periodico, il *Monitore dei Tribunali*, che si pubblica a Milano, anno 1868, pag. 578.

(2) Come benissimo osservò il valente avv. Scolli nell'articolo ora citato.

per esser logici che applichiate la stessa regola a circoscrizioni minori, per quanto vi paiano arbitrarie, semprechè la legge così voglia e così disponga.

Che un limite territoriale debba stabilirsi alla funzione dell'usciere, niuno è che non sia persuaso. Altrimenti la sua facoltà sarebbe più estesa che quella di qualunque magistrato. Ma al di là di questo limite cosa ci può essere se non la incompetenza? E cosa è mai la incompetenza della funzione se non l'impotenza giuridica di farla, la mancanza di podestà? Quindi io approvo quelle espressioni divenute famigliari agli scrittori francesi e alle decisioni su questo punto di questione, che l'usciere è *sans qualité* rispetto agli atti pei quali non ha competenza (1). E la nullità non è d'uopo di dichiararla, come non si dichiara la nullità degli atti che provengono da magistrato incompetente *defectus potestatis*, ecco la nullità.

Dopo ciò è facile la risposta alle altre due obbiezioni già notate nell'esordio di questa dissertazione. Sono disposizioni di carattere diverso quelle che si leggono nell'art. 175, 183 dell'Ordinamento giudiziario. Lo dice espressamente l'articolo 230. « L'azione disciplinare si esercita indipendentemente da ogni azione penale e civile che proceda dal medesimo fatto ». Risulta dall'articolo 254 che l'applicazione della multa all'usciere è una facoltà dei superiori, dipenderà dal minore o maggior grado di colpa a lui imputabile in relazione al fatto; ma l'effetto giuridico è assoluto, inevitabile, e non dipende dal beneplacito dei superiori.

Nè maggiore impressione può farci l'art. 41 della procedura. L'usciere ha qualità, ha carattere (dite come vi piace) per notificare una citazione a qualsivoglia persona nei limiti delle sue proprie attribuzioni. Se la legge voleva creare una eccezione per gli atti che riguardano certi suoi congiunti o lui medesimo, doveva ben dichiararlo, e per non essere fraintesa, doveva esprimere la sanzione di nullità che, come la precedente, non sarebbe derivata assolutamente dalla forza di un principio.

Il *Commentario del Codice sardo*, parte II, vol. I, lavoro dell'illustre Scialoja, dopo questo passo « presso noi le omissioni punibili e « le contravvenzioni degli uscieri sono per se « medesime indipendenti dalla nullità o vali- « dità degli atti », dice seguitando al n. 143 « che la competenza territoriale dell'usciere è « pure materia regolamentaria, a differenza « della competenza ministeriale che è materia « sostanziale della istrumentazione dell'atto ». E più avanti, che in tal guisa « la incompe- « tenza territoriale dell'usciere sarebbe tenuta « in maggior conto della incompetenza terri- « toriale) del giudice ».

Io mi permetto di rispondere che la *competenza dell'usciere* non è materia regolamentare, ma di sostanza e di diritto, benchè i fatti degli uscieri che tengono alla disciplina possano essere oggetto di regolamento. Che intendiamo per *competenza territoriale?* Forse la qualità abituale d'usciere? Nessun dubbio che chi non è usciere non può funzionare come tale, ma ne deriva forse che uno perchè è usciere possa funzionare dappertutto e fare ogni sorta di operazioni ad onta che la legge glielo vieti, e anche quelle precisamente che gli sono vietate? In tal caso da chi trae egli la podestà di ciò fare? Il potere esecutivo che lo ha nominato usciere, non ha voluto nè potuto attribuirgli un esercizio arbitrario, un esercizio che non sia conforme alla legge. E se la podestà che gli piace arrogarsi non gli viene nè dall'autorità che lo ha nominato, nè dalla legge, domando ancora donde l'abbia ricevuta. O la sua qualunque podestà sia limitata dal territorio o dalla materia, tanto è limitata, non può

(1) Del resto è questa una giurisprudenza che si può dire la più comune. — Decisione 21 fruttidoro, anno XI, 27 messidoro, anno XII, 13 brumaio e 7 ventoso, anno XIII, 19 e 14 aprile 1808 della Cassazione francese. Liegi, 21 marzo 1811, Cassazione francese, 17 luglio 1811, Nimes, 10 maggio 1813, Bruxelles, 1° febbraio 1816, Grenoble, 12 ag. 1818, Montpellier, 30 novembre 1824, 9 luglio 1831, Cassazione francese, 6 novembre, Rennes, 3 settembre 1808 e 10 agosto 1811, ecc.

Decisioni italiane. — Consiglio di Stato, 4 luglio 1863 (Bettini-Giuriati 1863, part. III, pag. 88). Noto che queste poche parole: « Considerato esser principio ammesso dalla costante giurisprudenza, che l'usciere il quale esercita le sue funzioni fuori delle sue attribuzioni non può dar forza giuridica ed obbligatoria agli atti da lui eseguiti i quali non hanno veruna efficacia come se fossero fatti da persone private ».

Sentenza della Corte di Lucca, 30 marzo 1866 (*Annali*, 1866-1867, part. II, pag. 30 e 119); della corte d'appello di Firenze del 17 luglio 1867 (*Annali*, 1868, part. II, pag. 200) e da ultimo della corte suprema di Firenze del 30 dicembre 1869, a mia relazione.

Autori francesi. — Merlin, *Question du droit*, v° *Huissier*, e vedi *Répert.*, alla stessa parola, § 8, Delaporte, *Comment.*, tom. I, pag. 16, Levasseur, *Manuel des juges de paix*, num. 30. Carré, *Lois de la procéd.*, quest. 9. Bioche et Goujet, *Diction. de la procéd.*, num. 256. Carré, *Lois d'organisation et de compétition*, art. 150, ecc.

estendersi al di fuori, e tanto basta. È legge d'ordine che tende ad evitare la confusione e l'anarchia nell'esercizio di questo importante ministero; non può credersi che una tal legge sia scritta per nulla. Non è lecito, mi si perdoni, argomentare dalla facoltà che il Codice attribuisce in certe circostanze ai giudici di conoscere cause pertinenti a persone estranee al loro territorio legale In primo luogo essi non escono dal loro territorio, e non vanno a sentenziare nella residenza di altri giudici. Essi hanno in questo caso una giurisdizione prorogabile per volontà delle parti, cosa che non ha verun termine di riscontro coll'esercizio di usciere. Ma i giudici stessi hanno siffatta competenza perchè la legge espressamente la concede, e non l'avrebbe altrimenti, da ciò che è concesso a ciò che viene negato non può farsi inferenza. Anzichè dire che *la incompetenza territoriale dell'usciere sarebbe tenuta in maggior conto che quella del giudice*, dovrebbe dirsi che ai giudici è accordata maggiore facoltà che agli uscieri, il che non fa maraviglia. E se *è tenuta in maggior conto*, ciò significa soltanto che (in un sistema che assolutamente non ammette illazioni e confronti) non reca perturbazione alcuna, ed anzi reca utilità all'amministrazione della giustizia, che ove la materia non osti, si faccia ragione alle istanze delle parti che accettano quella giurisdizione laddove il travasarsi degli uscieri da un punto all'altro del territorio, a mero arbitrio, non porterebbe che confusione e disordine.

Articolo 42.

Gli atti di citazione, di notificazione, e di esecuzione non possono farsi, dal 1° ottobre sino al 31 marzo, prima delle sette del mattino e dopo le cinque della sera, e, dal 1° aprile al 30 settembre, prima delle ore cinque del mattino e dopo le ore otto di sera, sotto pena di nullità.

Gli atti di citazione e di notificazione, qualunque sia la natura dell'atto notificato, possono farsi nei giorni festivi.

Gli atti di esecuzione, eccettuati il pignoramento e il sequestro presso terzi, non possono farsi, sotto pena di nullità, nei giorni festivi, se non in caso d'urgenza, con permissione del pretore.

Per gli altri atti giudiziari che possono farsi nei giorni festivi provvede il regolamento.

Annotazioni.

L'astinenza da certi atti di giustizia tanto rigorosi da parere odiosi, e producenti dolori e scandali nelle famiglie, è ordinata in omaggio dei giorni festivi, giorni di preghiera e di pace. I francesi avevano, ed hanno ancora, i *jours de fête légale*, che non sono i *giorni festivi* (Souquet, *Dictionnaire des temps légaux*). Tale sarebbe anche da noi il giorno anniversario dello Statuto; ma non è giorno proibito. Ogni religione ha i suoi *giorni festivi*; ma è impossibile separare quest'articolo dall'articolo 1° dello Statuto che proclama religione dello Stato la cattolica. I giorni festivi delle religioni tollerate non si considerano; ma dovranno rispettarsi, quanto alle esecuzioni, e anche alle notificazioni degli atti giudiziali, i luoghi ove *actu* i loro ministri esercitano gli ufficii religiosi (*Commentario al Codice Sardo*, t. v, p. II, num. 429).

Articolo 43.

Nel computo dei termini misurati a giorni o a periodi maggiori non si comprende il giorno della notificazione.

Nei termini misurati a ore non si comprende l'ora della notificazione.

I giorni festivi si computano nei termini.

Annotazioni.

1. Mi piace di notare la miglior redazione di questo articolo in confronto dell'art. 1141 del Codice sardo. Il dire si è fatto più italiano, surrogando *notificazione* a *significa-*

zione. Anche la parola *intimazione* è stata soppressa, poichè ogni *intimazione è notificazione*, non viceversa. Vi sono delle notificazioni ad ore (art. 151), il qual modo non è stato dimenticato, come cosa importante. L'ultimo capoverso compie il concetto del termine, espresso d'altra parte con molta semplicità.

2. Lo stesso sistema (in ciò non diverso da quello precedentemente adottato) è semplice e chiaro, e questa superiorità della legislazione italiana sulla francese (art. 1033) è derivata: 1° dall'avere espulso dalla sezione generale l'*aumento del termine*, che faceva confusione, dovendo ripetersi alle singole determinazioni ove l'aumento è, od era necessario, a norma delle distanze; 2° dall'avere dato al corso del termine una grande uniformità, ritirando nel termine stesso il giorno della scadenza: ciò ha tolto di mezzo un'infinità di questioni. È razionale che il giorno o l'ora in cui è data la legale notizia di un termine che decorre all'adempimento di un'obbligazione, non valga nè per un giorno nè per un'ora, non correndo intero; ed è altresì razionale, che ciò che deve farsi in un termine, non sia fatto dopo il termine.

3. La prima parte dell'articolo, nel computo dei *termini misurati a giorni, ecc.*, sta a significare che i *termini fissi pronunciati dal giudice* non cadono sotto questa *regola*. Si deve ritenere che il giudice abbia bene calcolato. Può enunciarsi una regola anche più generale di quella che l'articolo propone, che *ogni termine misurato a tempo dee essere intero*, comprendendo tutto lo spazio accordato in guisa che sino all'ultimo momento si abbia facoltà di fare. Ne segue che i *termini puri*, mi si permetta questa formola, che non hanno d'uopo per trascorrere dell'esercizio di un atto qualunque o fatto dell'uomo, essendo obbligatorii per ministero di legge, sono sempre interi e non hanno punto di partenza che sia fuori di loro. Tali sono quelli per es., che si lasciano dalla legge a comodo di una parte contro la quale si vuole proseguire il processo (art. 624, ecc.). La categoria di termini che non ha per oggetto un'obbligazione da adempirsi *nel termine stesso*, invece rappresenta la facoltà di fare, ma soltanto dopo *il termine*. Tale è appunto il caso del detto articolo 624.

4. Vi sono pertanto dei termini che osservati dal lato dell'agente, possono chiamarsi attivi, altri passivi: quelli sono dati ad esercitare una facoltà, questi importano l'obbligo di aspettare (tollerare) prima di esercitare una facoltà: *entro quindici giorni* si può fare la tal cosa; solo *dopo quindici giorni* si deve far la tal altra; il primo termine è dato a me, il secondo al mio avversario. Il termine attivo si divide in *spontaneo* e *coatto*. Io posso mandare quando voglio una citazione, quantunque dal momento che io la mando scorrano certi giorni determinati per fare le mie produzioni; invece per fare la prova contraria nel processo testimoniale, io ho un termine *coatto* di quindici giorni (art. 229), il cui inizio non dipende dal mio volere, ma da un fatto dell'altra parte. Il fatto che dà principio e forma, per così dire, al termine, non è sempre una *notificazione* (per cui il presente articolo non è generale), può essere un altro fatto qualunque del processo: in ogni caso però quel giorno o quell'ora, in cui il fatto iniziatore del termine si verifica, non *computatur in termino*, nel che sta tutta la teoria.

5. Ma l'ultimo giorno del termine, nel quale è d'uopo agire, può essere menomato da certe condizioni speciali alla qualità del fatto che si deve adempiere, perchè subordinato a certe discipline che modificano l'azione. Così, se trattasi di esibizioni da farsi alla cancelleria o all'uffizio delle ipoteche, non si devono oltrepassare le ore d'uffizio (Souquet, *Dictionnaire des temps légaux*, v° *Greffier*, Introd., num. 85), eccetto che l'uffiziale pubblico, sotto la sua risponsabilità, non si prestasse a fare o ricever l'atto, ed è già stato deciso più volte. Si rammenta una decisione della Corte di cassazione francese, 6 aprile 1842 (Journal Av., t. LXII, p. 363), resa a sezioni riunite, coll'intervento e voto del procuratore generale Dupin, quella celebrità giudiziaria non ha guari mancata alla Francia, ed ivi fu dichiarato che gli uffiziali di cancelleria non hanno obbligo di permanere in uffizio di là dalle ore stabilite dai regolamenti, quantunque anni addietro la stessa Corte di cassazione, in una sua decisione del 27 aprile 1815, in materia di graduatoria, avesse a dire che anche dopo le ore d'uffizio, e sino alla mezzanotte, potevano i creditori utilmente presentare i loro titoli. E forse anche le decisioni si conciliano, in quanto le carte dei documenti alla casa del cancelliere non esigeva da questo verun atto della sua carica, posto ch'egli ne avesse poi fatta spontaneamente la registrazione il giorno appresso (V. ciò che ne abbiamo detto nel *Commentario del Codice sardo*, t. V, p. II, num. 432).

Articolo 44.

Quando nel giorno fissato per la comparizione non vi sia udienza, si deve comparire all'udienza immediatamente successiva

Articolo 45.

Quando la legge stabilisca un termine da decorrere dalla notificazione, questo termine decorre anche contro la parte a cui istanza è seguita la notificazione, salvo che la legge abbia diversamente stabilito.

Annotazioni.

1 La scienza legale di un fatto dà vita a quel rapporto giuridico tra le parti onde i diritti e le obbligazioni reciproche cominciano a svolgersi nel tempo. A stabilire codesto rapporto giuridico basta qualche volta l'*esistenza di un fatto legale*, quantunque non risulti un dato modo di comunicazione personale (articoli 169, 173, 176, 234, ecc.). L'uniformità della situazione di diritto tra le parti contendenti ha dettato questa saggia disposizione già preparata dalla giurisprudenza. Chi notifica alla parte contraria una sentenza che in parte è a lui stesso sfavorevole, misura con questo a se medesimo il termine per appellare, che in tal guisa diventa comune Del resto questa disposizione è conforme all'art. 1144 del Codice del 1859.

2 *Sulla decorrenza del termine che diventa comune al notificante e al notificato.*

La legge presuppone che dalla notificazione di un atto cominci a decorrere un termine per fare qualche cosa, o a difesa e conservazione di diritti, o per adempire ad obbligazioni giuridiche. D'ordinario è il vincitore che notifica una sentenza, aspettando dalla contraria parte o l'accettazione o l'appello. Ma qualche volta la sentenza contiene disposizioni non favorevoli; e se il notificante vuole interporre appello *principale* per ciò che lo riguarda, notificata la sentenza sotto riserva, deve appellare nei tre mesi dalla notifica della sentenza (articolo 485, num. 1), precisamente come deve fare il suo avversario. Similmente notificando una sentenza in alcun capo della quale gli piaccia ricorrere in cassazione nel proprio interesse, deve farlo nel termine dell'art. 518, come se la sentenza avesse notificato a se stesso.

Uno dei casi (se non forse il solo) in cui trova applicazione la generica riserva — *salvo che la legge abbia diversamente stabilito* — può vedersi in quello dell'*appello incidentale* (articolo 487), non decorrendo il termine dalla notificazione della sentenza, ma si prolunga sino a quello stato degli atti che ivi è determinato.

Articolo 46.

I termini, scaduti i quali la legge stabilisce la decadenza o la nullità, sono perentori e non possono essere prorogati dall'autorità giudiziaria, salvo i casi eccettuati dalla legge

Articolo 47.

Nei casi in cui il termine può essere prorogato, non è luogo a proroga, se la domanda non sia stata proposta prima della scadenza del termine.

Non può accordarsi che una proroga, salvo il caso di forza maggiore giustificata e dichiarata nel provvedimento di proroga, o di consenso dato dalle parti, non soltanto dai loro procuratori.

Annotazioni

1. La decadenza e la nullità per decorrenza di tempo s'incontrano allora solo che la sanzione della legge sia espressa. Ciò che nel Codice di procedura sardo si annunciava per via di enumerazione e di esempi (art 1145), ora si esprime largamente, assolutamente, e

con tutta la forza di un principio. Noi ci auguriamo che la sua applicazione non trovi difficoltà nelle numerose contingenze a cui dovrà scendere: vogliamo anche sperare che l'uomo abile che formolò quell'articolo abbia avuto come in uno specchio presenti alla mente tutte le disposizioni del Codice, dove nel proporre i termini o attivi o passivi, del fare o del non fare, fu decretata la sanzione, o fu appositamente omessa per far intendere che non è poi assolutamente necessario di esercitare il diritto o di adempiere l'obbligazione nel termine designato (V. art. 56).

2. Delle varie forme della procedura rapporto ai termini. — Vi sono realmente dei casi in cui la facoltà di prorogare è espressa (art. 279, 118, ecc.). In altri è letteralmente permesso d'eseguire l'atto dopo il termine, e sino ad un altro stadio del processo (art. 177). In altri ancora l'irregolarità è colpita da pena (art. 177), e allora l'atto è valido. Spesso si trova irrogata la decadenza e la nullità, e ciò con una cura insolita ai Codici precedenti. Tal è quella degli articoli 112 e 466. Quest'ultimo abbraccia un'ampia sfera di diritti e un gran numero di disposizioni: tutte quelle che riguardano le impugnazioni delle sentenze. Ve n'ha taluna sfornita di sanzione espressa, ma che sembra portare in se stessa la causa della decadenza. Tal è *la ricusazione del giudice che deve farsi tre giorni prima dell'udienza quando al ricusante sia noto il nome del giudice, ecc.*, e che non si saprebbe come mai potesse farsi dopo quel termine.

3. Soluzione. — Quel principio superiore che domina la teoria delle nullità giudiziali (V. appresso, art. 56) sarà pure scorta, io ritengo, nelle questioni di *decadenza*. È pericoloso trovare delle restrizioni al benefico dominio del presente articolo, e l'interpretazione ristrettiva sarà sempre la migliore. Tuttavia ci potrà esser caso in cui la natura dell'atto si dimostri tale da non poter essere eseguito oltre il termine prefisso, e allora esso sarà essenzialmente improrogabile (V. appresso, articolo 46).

4. Delle proroghe. — Non è per altro lieve restrizione quella che impone due condizioni: la *domanda di proroga* e la *domanda anticipata*, ossia prima della *scadenza del termine*. Ogni termine scaduto, non interrotto dalla domanda di proroga, diventa perentorio, e importa una decadenza relativa. *La proroga non è di diritto*: è sempre una facoltà del magistrato che la esercita causa cognita. Una proroga esaurisce la sua facoltà: questo è il principio di ragione rispetto ad ogni facoltà che non abbia in sè il germe delle reiterazioni successive.

La proroga *in caso di forza maggiore* non è che una giustizia.

5. *Della perentorietà e improrogabilità del termine.*

Nella seconda edizione stimai di svolgere il tema un po' più largamente colle parole seguenti che tornano ancora opportune.

Termine *perentorio* significa assoluto e improrogabile dall'autorità giudiziaria. Stabilito qual è per regola generale il termine perentorio, si avvisa a quello che non è perentorio e non rigetta per essenza la prorogazione, la quale però non può accordarsi se il termine è spirato, e non può accordarsi che una volta sola.

Il carattere della perentorietà è statuito in questo che il tempo è fattore di diritti, e una delle parti acquistando ciò che l'altra perde, ne consegue che il magistrato deve lasciare al tempo il suo corso naturale, e come non può precederlo, così non può aumentarlo. La regola è applicata a tutto rigore quando si tratta di oppugnare sentenze a noi contrarie. La sentenza forma realmente un nuovo rapporto di diritto, non trovandosi più il vincitore nella situazione precedente, la sentenza ha prodotto dei diritti non revocabili e non passibili di nuova contestazione, se non alla condizione di approfittare dei termini dati dalla legge per appellare o ricorrere. È assolutamente fuori della podestà del magistrato il variare questo sistema, e non potrebbe neppure concepirsi, dacchè quel magistrato al quale volesse chiedersi la proroga o avrebbe giudicato, o non sarebbe ancora investito della cognizione della causa. La *decadenza* dal diritto di appellare o di ricorrere sarebbe la conseguenza del decorso del termine.

Lo stesso dicasi della *perenzione*, il termine dell'art. 338 è assolutamente improrogabile.

Vi sono altri termini assegnati ad esaurire certi incombenti giudiziari, mancando ai quali, altri fatti giuridici, più o meno acquisiti, si risolvono in nulla. In diverse parole vi sono delle posizioni giudiziarie che hanno per condizione di sussistenza l'adempimento di certe prescrizioni che devono perfezionarle. Così se nel termine dell'art. 454 l'appellante non ha fatto il deposito della sentenza, degli atti del primo giudizio, ecc. (art. 489), l'appellazione si annulla. Se nel termine di cent'ottanta giorni dalla intimazione del precetto non si procede agli atti di esecuzione (articolo 566), il precetto perde tutti i suoi effetti: è come non avvenuto. Anche i termini di questa natura sono

fattori di diritti il diritto si acquista o si perde in quanto si usa o non si usa del tempo. Come potrebbe ingerirsene il magistrato senza mutare alle parti le condizioni stesse del diritto?

Se non che l'articolo 46 fa una di quelle riserve generiche che costringono a studiare tutto il Codice. Vi è dunque qualche caso nel quale il *termine perentorio* è prorogabile. Vero per altro che tale prorogabilità non può essere che legale e fuori anch'essa della podestà del magistrato, non riservando l'articolo altri casi che gli *eccettuati per legge*. Questo cenno ci richiama a quella Sezione che comincia *Dell'interruzione e della cessazione del procedimento* (articolo 332 e seg.), nella quale vediamo sospesi termini, alcuni dei quali possono ben essere perentori. Difatti vi ha un caso di sospensione espressamente dichiarato nell'articolo 468, che si applica niente meno che al termine dell'appellazione, la cui perentorietà è stabilita nella regola generale dell'articolo 466.

Prorogabili dal magistrato sono quei termini che cadono entro il giro del processo, ed hanno per ragione piuttosto il buono ordinamento del processo medesimo che l'acquisto o la perdita di un diritto. L'economia e la bene adeguata misura del tempo è per certo uno dei requisiti del processo giudiziario, ma col bisogno della disciplina si sente anche quello di non angustiare lo sviluppo dei mezzi di difesa così il magistrato potrà prolungare la durata di un corso testimoniale oltre il termine ordinario, o prorogare il termine per presentare una perizia, perchè termini di questa specie non sono che ordinatorî, tengono dell'accidentale, a differenza degli altri che possono dirsi sostanziali, essendo un modo di esistere del diritto.

Articolo 48.

Quando la legge richieda la presentazione di un mandato, questo deve essere in forma autentica, o per scritto privato con autenticazione delle firme, salvo la legge determini altra forma.

Per le amministrazioni dello Stato basta che il mandato sia sottoscritto dal capo, nel circondario o nella provincia dell'amministrazione interessata, e munito del sigillo d'ufficio.

Annotazioni.

La forma del mandato che doveva esser sempre autentica, ora subisce una modificazione utilissima in pratica. Sono *autenticate le firme* per atto di notaio, in conformità dell'art. 1323 del Codice civile. Così fu derogato in parte all'art. 1147 del Codice del 1859.

Per *amministrazione dello Stato* intendo anche quelle amministrazioni pubbliche e quegli istituti che *sono riconosciuti dallo Stato*, avvicinando questo articolo al 138.

Articolo 49.

Quando la legge imponga l'obbligo della sottoscrizione a un atto, se chi deve sottoscrivere non possa o non voglia ne è fatta menzione.

Articolo 50.

I provvedimenti dell'autorità giudiziaria fatti sopra ricorso di una parte senza citazione dell'altra hanno nome di decreti, sono scritti in fine del ricorso, e consegnati per originale alle parti dopo trascrizione nei registri.

I provvedimenti che si fanno in corso di causa dai presidenti, dai giudici delegati, dai pretori, o dai conciliatori sopra istanza di una parte, con citazione dell'altra, o d'ufficio, hanno nome di ordinanze, e sono trascritti nei registri.

Qualunque ricorso alle corti, ai tribunali civili, ai rispettivi presidenti o giudici delegati deve essere sottoscritto da un procuratore o avvocato esercente presso esse corti o tribunali, salvo le eccezioni stabilite dalla legge.

Annotazioni.

Piace questa cura di definire le voci tecniche più importanti, e avviare il linguaggio legale ad una proprietà che dianzi era molto desiderata nei Codici a cui questo succede.

Esempi di *decreti* sono agli art. 1, 121, 181, 866, 877, 914, 925, ecc.; di *ordinanze*, agli art. 182, 209, 215, 217, 222, 223, 233, 252, ecc.

I ricorsi ai conciliatori, pretori e giudici di commercio possono farsi dalle parti e dal ricorrente sottoscriversi (V. nota all'art. 522).

Articolo 51.

Quando l'autorità giudiziaria debba assumere informazioni o accertare qualche fatto senza contraddittorio di parte, vi provvede sul ricorso dell'interessato, e ne fa processo verbale.

Annotazioni.

Esempi sono negli articoli 119, 120, 121, 786, ecc.

Articolo 52.

Le udienze dell'autorità giudiziaria sono pubbliche, sotto pena di nullità.

Quando la pubblicità possa riescire pericolosa al buon ordine o al buon costume per l'indole della causa, o negli altri casi stabiliti dalla legge, l'autorità giudiziaria, sulla richiesta del ministero pubblico o d'uffizio, ordina che la discussione abbia luogo a porte chiuse.

Il provvedimento è pronunziato in udienza pubblica, ed inserito coi motivi nel processo verbale d'udienza.

Annotazioni.

1. Bentham ha detto « Il principale vantaggio della giustizia *reale* è di produrre la giustizia *apparente*; ora pur supponendo che la giustizia segreta sia anche buona, essa non sarà che *reale*, la cui utilità entro certi limiti si restringe, mancherà l'*apparente*, la cui utilità è universale ». Questo concetto del Bentham può passare per profondo, ed è già molto noto. C'è del vero senza dubbio, ma c'è anche di quel sensismo che è la base ordinaria dei giudizi del celebrato scrittore. La pubblicità ha un'influenza benefica e potentissima nell'amministrazione stessa della giustizia, contribuisce alla giustizia reale, non all'apparente soltanto.

2. La legge si rimette alla prudenza dei giudici. S'intende quali sono le *dispute pericolose al buon costume*: ma ve ne possono essere di *pericolose al buon ordine?* Forse quelle che, eccitando sregolate passioni, minacciassero la indipendenza del giudice e la necessaria quiete delle discussioni? È pare che sia. Per altro a questo provvede l'art. 355, che autorizza il presidente a far espellere dalla sala i perturbatori ed anche farli arrestare, ed è ben chiaro che potrà servirsi della forza armata, senza che perciò si chiudano le porte e l'udienza continui segreta. Se questo, come sembra, è il concetto legislativo (forse trasportato dal Codice sardo, articolo 1152, senza speciale avvertenza), mi dolgo che la legge dichiari la sua impotenza di frenare il disordine, e abbia d'uopo di rifugiarsi nel segreto, facendo piegare alla forza insolente il gran principio della pubblicità. L'articolo non parlando che delle *udienze*, e non facendo mostra di portare la menoma innovazione sulle dottrine e pratiche invalse, ne conseguita che la sentenza debba sempre pronunciarsi a porte aperte, l'articolo 7 della Legge 20 aprile 1810 (francese) ordinava la pubblicazione di tutte le sentenze, e così è prescritto dal presente Codice, articolo 366. L'ultimo capoverso non riguarda la *pubblicazione della sentenza*, ma quella del *provvedimento* col quale si delibera che la udienza deve farsi o proseguirsi *a porte chiuse*. Deve constare della pubblicità.

3. La *pubblicità delle udienze* è uno dei cardini del nostro Diritto pubblico; è garantita dall'art. 72 dello Statuto, è una delle libertà del paese. « Le udienze dei tribunali in materia civile e in materia criminale saranno pubbliche conformemente alle leggi ». L'essere pubbliche *conformemente alle leggi* signi-

fica che le leggi giudiziarie possono modificare e porre qualche limite alla pubblicità, ma per ragione bene giustificata.

4. **Precedenti storici.** — È un fatto universale che la pubblicità delle udienze ha sempre accompagnato le libertà politiche e le istituzioni democratiche. In Atene più che altrove è celebre l'udienza degli *Eliasti*. Non erano chiuse al pubblico in Roma le udienze dei *pretori*, le cause criminali d'alto interesse erano agitate fra un popolo immenso. Cessata la libertà, le aule delle udienze dei *presidi* sono chiuse, e tutto avviene nel segreto (Recot, *De l'organisation de la justice*, pref.). Lo spirito moderno nella pubblicità delle udienze mira alla *libertà giuridica* piuttostochè alla libertà politica; quantunque la prima trovi la sua garanzia e la sua consistenza nella seconda.

Articolo 53.

Le autorità giudiziarie in tutti gli atti, ai quali procedono, devono essere assistite dal cancelliere o da chi ne faccia le veci.

Ai cancellieri, e a chi ne faccia le veci, è applicabile la disposizione del capoverso ultimo dell'articolo 41.

Annotazioni.

1. Si è creduto di rendere più semplice e più generale la disposizione dell'articolo 1167 del Codice sardo. *Ma chi farà legalmente le veci del cancelliere? quando ne farà le veci?* Sono idee che hanno un rapporto fra loro. Un uffizio di cancelleria che ha un cancelliere capo e dei subalterni, fornirà di ragione il sostituto ad ogni mancanza o impedimento del funzionario superiore, senza che di ciò consti se non in un modo interno e disciplinare. Se figuriamo un solo cancelliere nell'uffizio di conciliatore, per es., o di pretore, che non possa funzionare, o impediti entrambi e cancelliere e sostituto, allora resta a vedere se i giudici (singolari) e i tribunali abbiano facoltà di nominare un provvisorio cancelliere che ne faccia le veci. Il dubbio nasce da ciò che l'articolo 1167 lo diceva espressamente, e questo ne tace. Ritengo che la norma di quell'articolo, non dirò la disposizione, rimanga ancora, non essendo formalmente abrogata; ma solo nel caso in cui il cancelliere non abbia il suo sostituto d'ordine (art. 186 del Regolamento organico giudiziario).

Non so se la parola *assistenza* sia ben applicata ai cancellieri. Essa è per lo meno di significato indeterminato e incerto. L'ufficio principalissimo delle autorità giudiziarie è quello di decidere le controversie. Non solo il cancelliere non *le assiste*, come suona il testo, ma non *assiste* neppure alle loro deliberazioni; vale dire non è presente.

Il cancelliere *assiste* alle funzioni pubblicamente esercitate dall'autorità giudiziaria, come ufficiale destinato ad autenticare i suoi atti. Tutta la parte storica dei giudizi è affidata al cancelliere. Egli fa fede della tenuta delle udienze e delle operazioni che vi si svolgono; la redazione dei processi verbali in qualunque contingenza della procedura a lui appartiene, dalla sua sottoscrizione ricevono la loro esistenza estrinseca e formale i pronunciamenti e le decisioni dell'autorità giudiziaria.

2. **Questioni** — *a*) *Può il giudice prendere risoluzioni e fare rescritti fuori del seggio del tribunale, e anche da solo, supponiamo in casa propria, per affare il più urgente?* Faccio il caso di un sequestro urgentissimo che il pretore o il presidente sia richiesto a concedere, giusta gli art. 924 e 925.

La nostra legge non proibisce al giudice di far atti d'ufficio fuori del tribunale, ma soltanto lo vuole obbligato all'*assistenza del cancelliere*, che imprime all'atto stesso l'autenticità, e quindi il suo valore estrinseco. Tutto ciò non esclude, io credo, i casi urgentissimi, affinchè non si dica che la forma prevale alla sostanza, in danno della giustizia. Una giurisprudenza sta dietro di noi ragionevole abbastanza per essere seguita. Corte di Tolosa, 1° settembre 1824 e 13 luglio 1827, di Nimes, 4 maggio dello stesso anno (*Journal Avoué*, tom. XXXIX, pag. 95, tom. XXVIII, pag. 12), che, data l'urgenza e la necessità, si pronunciarono in senso affermativo. Vero è che in quella legislazione c'era una legge espressa quanto alla facoltà di spedire decreti urgenti dal giudice in propria casa; ma qui non si tratta di vedere cosa disponga la legge, ma se nel suo silenzio proibisca una cosa giusta. Inoltre fu già avvertito che neppure secondo quella legge il giudice era dispensato dal concorso del cancelliere in ogni suo atto.

b) *Ma l'ordinanza o atto qualunque, fuori del caso d'urgenza, non contrassegnato dal can-*

celliere, sarebbe nullo? La dottrina francese propagò la massima che nelle ordinanze o provvedimenti o decreti che dir si vogliano, emanati da un sol giudice, la sottoscrizione del cancelliere non era sostanziale (Thomine, t. II, p. 347. Chauveau in Carré, art. 1040, quest. 3431, bis); la giurisprudenza fu varia. Oggi per noi è *questione decisa* dell'articolo 362. — È necessaria la sottoscrizione del cancelliere. Benchè l'art. 362 non contenga la sanzione di nullità, la sua disposizione è troppo strettamente collegata coll'antecedente articolo 361.

Articolo 54.

Le sentenze delle autorità giudiziarie sono pronunziate in nome del Re.

Annotazioni.

Esprimo ancora la mia opinione uniforme a quella che ho enunciata su questo articolo nelle precedenti edizioni. La sentenza si pronunzia in nome del Re, capo del potere esecutivo, una volta sorgente di tutti i poteri. Contuttociò la omissione dell'augusta intitolazione non dovrebbe portare la nullità della sentenza. Negli articoli 360 e 361 fra le nullità ivi dichiarate, di questa non si fa menzione. Ciò deve bastare. Mi conferma in questa opinione un passaggio del Boitard con una distinzione nella quale pienamente convengo « formalità intrinseche sostanziali « alla sentenza in se stessa, sono quelle del- « l'articolo 141 (riassunto per l'effetto della « nullità nel nostro articolo 361); formalità « estrinseche, necessarie *non più per costi- « tuire la sentenza, ma per assicurarne la ese- « cuzione*, sono quelle dell'articolo 146 ». Articolo dedicato a questa sola formalità; concetto che si collega con quello dell'art. 566. Non ho trovato nella giurisprudenza decisione contraria.

Articolo 55.

Il cancelliere che dia copia di una sentenza prima che sia sottoscritta e pubblicata, è punito a norma del Codice penale

Annotazioni.

1. L'art. 224 del Codice di procedura civile del 1859 diceva: « I segretari che rilascino copia di una sentenza prima che sia sottoscritta e pubblicata, *incorrono nelle pene stabilite dal Codice penale sul falso* ». Ed era stato preso dall'art. 139 del Codice di procedura civile francese. È molto riflessibile la soppressione di queste ultime parole, e la limitata estensione che si è data alla responsabilità del cancelliere. E dico *estensione*, mentre non può dubitarsi che fra i pericoli che corre in questo brutto caso un cancelliere, vi ha quello di essere processato per falsario.

Difatti una diretta attinenza esiste tra quella disposizione del Codice civile e quelle di vario grado che si leggono nel Codice penale. Eccole. Art. 344: « Il notaio *o altro pubblico uffiziale*, il quale, supponendo un *atto autentico che non esiste, ne rilascia una supposta copia in forma legale*, sarà punito a norma dell'art. 342, colla pena dei lavori forzati per anni dieci ». — Art. 345. « Il notaio *o altro pubblico uffiziale che rilascia una copia in forma legale di un atto autentico, il quale non abbia ricevuta la sua legale autentica firma;* o commetta una falsità in una copia legale ed autentica, rilasciandola in modo contrario o diverso dall'originale senza che questo sia stato alterato o soppresso, o con false dichiarazioni di insinuazione o di pagamento di altri diritti dovuti al pubblico erario, sarà punito colla reclusione estensibile ad anni sette. Se nella copia rilasciata dal notaio *o da altro pubblico uffiziale* fu solo alterata la data dell'atto, e l'alterazione non ha per oggetto il favore o il danno di terzi, la pena sarà il carcere ». — Art. 346. « *Ove i reati preveduti nel precedente articolo accadano per semplice inavvertenza o negligenza del notaio o altro pubblico uffiziale, questi sarà punito colla sospensione dall'uffizio.*

La legge colpiva giusto. Il cancelliere è un uffiziale pubblico, e il dar fuori copie di sentenze come vere sentenze, quando non lo sono ancora, è commetter in largo senso una falsità (Hélie e Chauveau, *Teorica del Codice penale*, n. 1589; Carnot, all'art. 145, n. 9; Sirey, XXIX, I, 303).

2. La falsità consiste nella missione che ha l'uffiziale pubblico di *autenticare l'esistenza di*

quell'atto e nel valore di prova che a tale autenticazione è naturalmente annesso.

3. Un'osservazione assai notevole nel confronto della nostra colla legislazione penale francese ella è, che in questa *si esige la prova del dolo* art. 146, ed ivi tutti i commentatori, e la nostra lo suppone *Dolus pro facto est*. I concetti dei riferiti articoli 344, 345, 346 non sono compatibili colla negligenza e colla ignoranza, molto meno colla buona fede. Questo modo d'intendere la nostra legge penale è confermato dal disposto dell'art. 346, che sta a rappresentare il fatto della *inavvertenza* o *negligenza*.

Del resto la legge civile non si occupa che di un fatto del cancelliere, che meritava di esser ricordato onde non rimanesse incerta la sua vera responsabilità, e lascia al Codice penale il cómpito di descrivere le falsità salienti e decise che sono di sua competenza. Parlando delle sentenze, era indicato ed opportuno avvertire l'obbligo rigoroso che ha il cancelliere *di non rilasciare copie di sentenze non ancora sottoscritte* secondo me, era quello per lo appunto il posto di una disposizione di tal natura, e non si doveva collocarla fra le *generali*.

4. **Questioni.** — *a) Vi è mai caso in cui il cancelliere possa sfuggire la sanzione del Codice penale, quoi dell'articolo* 245 *princ.* (che è la vera sede di questo reato) *o dell'art.* 346 *che contempla la inavvertenza e la negligenza?* In altri termini il cancelliere, contro il quale non milita il menomo sospetto di frode, dolo, animo di nuocere, ecc., *non potrà anch'essere ammesso a provare o che non vi fu colpa in lui, o fu levissima, e quindi non punibile?* La risposta è negativa. L'art. 346 congiunge due sanzioni ad un tempo: penale e disciplinare: e quest'ultima non ammette la scusa.

b) Il cancelliere può essere colpito da altre pene oltre quella del falso? Può esserlo, e in tale veduta è scritto l'articolo nei suoi termini generali. Vi è la *corruzione*, la *prevaricazione*, altre cause di non men rea natura, che possono associarsi alla falsità materiale.

Articolo 56.

Non può pronunziarsi la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge.

Possono tuttavia annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza.

Non può pronunziarsi la nullità o la decadenza se non vi sia istanza d'una delle parti, salvo che la legge dichiari che debbano essere pronunziate d'uffizio.

Annotazioni.

Noi siamo sempre alla stessa condizione di cose *rapporto alla nullità degli atti di procedura*. La nuova legislazione non ha fatto un passo di più sulle altre che la precedono, e non siamo più avanzati di quello che lo fosse ai suoi tempi l'art. 1030 del Codice di procedura francese. Forse non si poteva, ed è uno dei casi in cui il Codice ha bisogno di raccomandarsi alla scienza. Io non dirò di no, e poichè ne ho toccato all'art. 46, procurerò di delineare così di corsa una

Teoria della nullità. — 1° Restringiamo la portata dell'articolo ai termini propri della sua natura. Si tratta degli *atti di procedura* si tratta dunque di *nullità di forma*, vale dire del *mal uso di una facoltà* che la legge accorda, onde con questo mezzo preservare intatti i nostri diritti giudiziari, od acquistarne, di maniera che il mal uso di simile facoltà produce che noi perdiamo un diritto, o siamo decaduti da quello che si poteva altrimenti per noi acquistare.

La legge pone a tale facoltà delle condizioni, e sono o di *tempo* o di *modo*.

Ma supposto che la legge giudiziaria non dia la facoltà prescrivendo il mezzo da adoperarsi, e manchi la podestà di diritto, la nullità che consegue *dal fatto e lo riduce al non fatto* appartiene a una categoria diversa d'idee: è fuori della comprensione di questo articolo.

L'incapacità, per es., dell'interdetto o della donna maritata a stare in giudizio; il difetto di rappresentanza in chi promosse il giudizio in nome altrui, o quella del procuratore, non sono nullità di questo articolo, non si contengono esattamente in questa teoria, che concerne il *positivo* e non il *negativo*.

2° Il Codice di procedura costituisce una serie di *precetti*. *Imperare, prohibere;* ecco il perpetuo suo assunto: i precetti *proibitivi*, secondo la celebre Leg. 5, Cod. de legib., contengono implicita la sanzione di nullità; agli *imperativi* si attribuiva un effetto meno deciso

e dipendente dalla ragione stessa del precetto. Distinzione non veramente fondata nella natura delle cose, e che, riuscendo in fine il precetto *imperativo* ad essere *proibitivo*, si è dovuto abbandonare.

3° Era limite a quella teoria la comminatoria penale adietta alla proibizione, che troviamo pure più d'una volta nel Codice. Questo criterio è proprio *in rei veritate* e nella ragione del dettato, laddove gli altri non essendo razionali, e difettando di base, erano spesso negati da altra dottrina; onde Ulpiano disse che la legge cincia *imperfecta est*, perchè mancante di sanzione quantunque proibitiva, e venne fuori il ditterio, *multa prohibentur in jure fieri quæ tamen facta tenent*.

4° Scrutando la natura dell'atto che è appunto l'ufficio della ragione, si trova che taluni di codesti atti *sono necessari ad uno scopo obbiettivo e finale, proposto a se stesso dal legislatore della procedura*, tali atti sono *essenziali*: per conseguenza le violazioni delle norme che li costituiscono sono *nullità essenziali*, e quindi proprie e vere nullità; altri *non sono di natura loro così necessari*, l'interesse che la loro esistenza ispirò al legislatore non è uguale in ogni caso, la inosservanza delle *forme* che costituiscono questo atto può qualche volta *ferire un fine essenziale*, qualche altra volta, benchè violi la disciplina, può trovarsi *non essere lesiva di un fine essenziale*, se si annulla nel primo caso, la nullità non è assoluta nel secondo, ma *accidentale* e relativa.

La certezza, per es., delle *persone* e dell'*oggetto* è sempre essenziale nell'atto di citazione, se l'atto mancante di alcune forme ed imperfetto lascia però comprendere abbastanza chiaramente l'oggetto e le persone, non è nullo.

5° Il legislatore come regola il suo linguaggio in tanta moltitudine di atti che deserive? Certi atti gli risultano *evidentemente necessari*, ed allora, nella loro inosservanza, non esita a fulminare la nullità, vi è un'altra categoria di atti necessari, categoria indefinita che si manifesta nei fatti particolari all'occhio del giudice, sul terreno del giudizio, meglio che in una teorica generale; e l'articolo dice che la *sanzione di nullità vi è implicita* (vedi la *Relazione* del ministro Pisanelli).

Del resto la dottrina che si sviluppò dall'articolo 1030 del Codice di procedura è oggidì generale e incontestata (Merlin, *Repertoire*, v° *Nullité*, Bonceune, vol. 2, p. 79, Carré-Chauveau, *Introduction*, n' 117, 118, vol. 6, p. 826, 827; Pigeau, vol. 1, p. 178; Bioche, v° *Ajournement*; Dalloz, v' *Nullité* e *Exploitation*, ecc.). I Solon, *Des nullités*, pone la base della *nullità sostanziale nei diritti naturali* ed *accidentali* esser quelle che riguardano disposizioni *variabili ed arbitrarie*: teoria più comprensiva e più generale (pag. 336).

6° È d'uopo un'ultima considerazione a distinguere la *nullità* dalla *decadenza*.

La questione può cadere sopra un *fatto positivo*, o sopra un fatto *negativo*, non fatto. La *decadenza* può verificarsi in due modi: per aver fatto nullamente ciò che doveva farsi a conservare un diritto (un appello regolare o irregolare) e allora la questione cade sull'atto che esiste, sul fatto positivo: ovvero non si è fatto in alcun modo quello che si doveva fare, e allora si tratta soltanto di sapere se ciò che non si è fatto nel termine, si possa fare dopo il termine, e la *decadenza* è di varia importanza, in quanto generi la perdita di un diritto fondamentale, ovvero il diritto soltanto di fare quell'atto che potrebbe essere poco interessante. In ogni caso se *il termine è improrogabile*, la decadenza esiste: il che è stato spiegato all'articolo 46.

Articolo 57.

La violazione o l'omissione delle formalità dalla legge stabilite nell'interesse di una delle parti non può essere opposta dall'altra.

La parte non può opporre la nullità di forma quando essa, o chi agisce per essa, vi abbia dato causa, o quando vi abbia espressamente o tacitamente rinunziato.

Annotazioni.

Alla 1ª parte. — *Nella procedura civile non vi sono nullità assolute*, in materia di atti giudiziali e di parte, in quanto possono esser sanato dal consenso.

Diversamente nella *procedura civile* in criminale non è così: niuno può disporre del proprio onore e della propria vita.

La *nullità*, secondo la bella espressione del Vantius, *De nullitate tit.*, può considerarsi come *auxilium juris*, per far dichiarare l'inef-

ficacia o impossibilità giuridica di un atto, ma nella sua essenza è il difetto e il vizio dell'atto medesimo. Ebbene quell'*auxilium juris*, quell'azione (poichè non vi è nullità di pieno diritto) è sempre rinunziabile (Vedi la 2ª parte dell'articolo).

La tendenza di concretizzare l'azione di nullità, riservandola a quella sola parte nel cui interesse è ordinata, appartiene all'epoca moderna (capoverso dell'art. 1107 del Codice civile), mentre nelle dottrine antiche la nullità, anche procedente da incapacità personale, era allegabile da tutte le parti, secondo una opinione prevalente (Surdus, decis. 108, n. 1, Gratianus, *Discept. for.*, C. 691 per tot., dec. 115, n. 34, ecc.).

Vi sono delle formalità *stabilite nell'interesse di una delle parti*: altre *stabilite in* un interesse comune, o più propriamente generale.

Il portato di questa disposizione oltrepassa la sfera designata alla procedura, vedendosi non poche volte ripetuta nel Codice civile. Ne abbiamo esempi nell'articolo 137 e nell'articolo 227, ecc. Ma nella procedura i casi sono molto frequenti. La legge statuisce certi intervalli di tempo fra un atto e l'altro, termini sospensivi che l'altra parte deve rispettare, ai quali la parte a vantaggio di cui sono posti, può rinunziare. Altro si dovrà dire di quei termini che non riguardano l'interesse di una parte propriamente ma l'interesse generale, come quelli che concernono l'ordine processuale, imperocchè quella maniera di regolare il tempo si ritenga contribuire alla più regolare e ponderata amministrazione della giustizia.

Alla 2ª parte. — Il principio era ugualmente professato dalla vecchia giurisprudenza (Surdus, decis. 198, Sperel, decis. 155, nº 38 e seg.; Rota, *Recent.*, p. XIII, decis. 150). E con ragione, onde *nemo ex proprio dolo commodum consequatur*. La legge non poteva dire di più, come poi avvenga che *una parte possa essere causa della nullità* che l'altra parte ha commesso, è tutto affare di fatto. Se un contraente ha data falsa indicazione del nome o qualità in un contratto, non potrà allegare la nullità dell'atto in cui l'altra parte ha seguite le medesime indicazioni citandolo per la esecuzione del contratto.

S'intende facilmente la *rinuncia espressa*, quale sarà la *rinuncia tacita?* Se la legge impone un termine ad opporre la nullità il silenzio. Si rinuncia tacitamente proseguendo il processo senza curarsi della nullità già incorsa e nota, o si fanno atti incompatibili colla eccezione di nullità.

Questioni. — *a) Facendo codesti atti sotto riserva di agire per nullità degli atti precedenti, l'azione è forse mantenuta?* In generale bisogna rispondere negativamente. *Protestatio contra factum* essere inutil cosa troviamo sovente nelle vecchie pratiche, se non che la efficacia di questo dettero era molto varia. In quel tempo si era molto prodighi di *cautele*, ve n'erano delle specie senza numero, entravano dappertutto, era la forza de notai, ed anco la sapienza di alcuni legisti. Non si vuol ora dire del senso che codeste *cautele* e riserve avessero, e del valore; ma del valore ne avevano più del bisogno. Vi ha certamente dei casi in cui la *riserva* è utile, ma ci basterà stabilire che non potrebbesi fare con una riserva ostacolo alla piena applicazione di questo articolo (Favard de Langlade, tom. II, pag. 461, Thomine, t. II, pag. 317, Chauveau, *Dictionn. general de procedure*, vº *Exception*).

b) Ma non ci saranno nullità sostanziali di forma sottratte alla sanzione dell'articolo? Motivo di dubitare. Ci sono degli atti di tale natura che senza di essi può dirsi non esservi processo di sorta. Aggiungi ci sono degli atti che non interessano soltanto le parti, ma lo stesso giudizio. Una citazione, per es., *priva di oggetto*, come mai sarà base di bene ordinato e sicuro giudizio?

Se ne fece una questione molto seria. I glossografi francesi, persuasi della grande generalità del loro articolo 173, rispondono *che non ci sono più nullità sostanziali* in faccia ad una tal legge (Carré, all'art. 173, quest. 753). (Qualche decisione si allega pro e contra).

Io credo di avere già risposto nelle osservazioni superiori. Ciò che è statuito nel solo interesse di una parte nel rito della procedura non si reputa *sostanziale* nel senso che la eccezione di nullità sia comune, o da pronunziarsi per ufficio. A tale effetto egli è d'uopo riconoscere nell'indole e nello scopo dell'atto il carattere di una disposizione d'ordine pubblico, che interessando la verità dei giudizi, il bene della giustizia, ed anche la economia generale del sistema, non dipende dall'arbitrio delle parti.

L'articolo 57 parla propriamente *degli atti singoli*; la forma generale, il metodo di un procedimento, non è mai stabilito nel particolare interesse, quindi non saprebbe comprendersi nel suo disposto. Nondimeno, quello che dicesi ancora *quasi contratto giudiziale*, il convenire delle parti su certe forme del processo che possono ritenersi non essenziali al fine della giustizia, quali sarebbero *le norme sommarie* o quelle *formali* del procedimento

ordinario, il convenire, lo diceva, e il praticare di consenso l'una o l'altra norma, acquista una importanza giuridica che si rispetta dagli stessi tribunali.

c) *Il giudice non può mai pronunciare nullità d'ufficio?* Lo può, anzi deve farlo, e basterà l'esempio dell'art. 187, il magistrato deve pronunciare la *propria incompetenza per materia o valore* (Vedi il suddetto articolo). Ma rammento ancora che in questo caso non è *questione di forma*, ma *quaestio potestatis* (Vedi la questione precedente).

Può a questo luogo domandarsi se le *perenzioni che la legge dichiara di diritto* possano pronunciarsi d'ufficio? (Esempi negli art. 338 e 340). In altri termini, qual è l'effetto proprio della *perenzione di diritto?* Essa *si dichiara*, non *si pronuncia*, ma sempre esige la domanda di parte. È di diritto, perchè basta mostrare che si è nella condizione giuridica determinata dalla legge, nè incombe di fare altra prova (Vedi ai suddetti articoli).

Articolo 58.

La nullità di un atto non importa la nullità degli atti precedenti e dei consecutivi indipendenti dal medesimo.

L'atto nullo non può essere rinnovato, scaduto il termine perentorio per farlo, salvo i casi determinati dalla legge.

Annotazioni

Merlin ha detto, seguendo Serpillon. « Vi sono nella procedura alcune nullità che portano il loro effetto, le une più che le altre. Le une non influiscono che sopra un atto unico, allora non vi ha che questo atto unico che sia nullo. Ma vi sono nullità che infettano una procedura intera » (*Repertorio*, v° Nullità, § 4). Sarebbe la nullità della citazione introduttiva del giudizio. Gli atti *precedenti* si ritengono sempre indipendenti dagli atti annullati; gli atti *consecutivi* possono avere una dipendenza di *sostanza*, benchè quanto alla *forma* abbiano una sussistenza loro propria. Così, per es., *annullato un processo testimoniale*, e non rinnovato, l'influenza di questo insuccesso si estende alla questione di merito.

Certi atti *si rinnovano non perchè nulli*, ma perchè non ebbero il loro effetto per circostanze non imputabili all'agente. Tal è il caso dell'art. 239, alinea 2°. L'alinea del presente articolo conferma ciò che si è detto agli articoli 46, 56 e 57, rapporto alla *decadenza e alla prorogabilità del termine*. La clausola, *salvo i casi determinati dalla legge*, ha la sua spiegazione in alcune specie, nelle quali si rinnova un atto o una serie di atti nulli per decreto di tribunale, indipendentemente dalla questione del termine (art. 249).

Ulteriore spiegazione della clausola — salvo i casi determinati dalla legge.

L'atto nullo può rinnovarsi quando non sia scaduto il termine perentorio per farlo, questo è il principio; la legge però ha dovuto venire in qualche eccezione. Alcuni casi offre la procedura che possono soddisfare quella riserva. Uno si vede enunciato nel capoverso dell'articolo 145. Annullata la citazione pel solo difetto di regolare notificazione, il tribunale può abilitare a rinnovarla entro un certo termine, onde non vadano perduti i diritti che si fossero conservati coll'apparizione di quell'atto.

Un esame di testimoni dichiarato nullo per colpa di qualche funzionario, si rinnova in tutto o in parte a spese di lui onde non abbia a soffrirne l'interesse delle parti (art. 249).

Vi è qualche differenza fra i due esempi, nondimeno troviamo che si applica bene l'idea di un termine perentorio scaduto, a meno in quanto era divenuto improrogabile. Nel primo caso la citazione ha forse interrotto il termine, certamente perentorio, della prescrizione (articolo 2123 del Cod. civ.). La legge autorizza il magistrato ad ordinare una nuova citazione che mantiene la interruzione, comechè venga a notificarsi dopo il termine perentorio (art. 145). Nell'altro caso, il termine entro il quale deve compiersi un esame non è perentorio di sua natura, come si è osservato parlando dell'articolo 46, ma tale è divenuto per due ragioni: 1° perchè un esame già compiuto ripugna poterai rifare, essendochè il suo tempo è consumato, 2° perchè non essendosi domandata la proroga corrente il termine, non avrebbe più potuto accordarsi. È dunque una vera eccezione quella statuita dall'articolo 249.

Articolo 59.

Le spese degli atti e dei procedimenti nulli sono a carico degli uffiziali ai quali la nullità sia imputabile

I detti uffiziali possono anche essere condannati in una pena pecuniaria da lire dieci a lire centocinquanta, oltre il risarcimento dei danni verso le parti.

Articolo 60.

Quantunque l'atto non sia dichiarato nullo, il cancelliere, il procuratore, o l'usciere che non abbia osservato le disposizioni della legge può essere condannato in una pena pecuniaria non minore di lire cinque e non maggiore di cento, salvo i casi in cui la legge stabilisca pene speciali

Articolo 61.

Se l'uffiziale o il procuratore abbia ecceduto i limiti del suo ministero, o se per negligenza abbia ritardato l'istruzione o il compimento della causa, può essere condannato personalmente alle spese del giudizio senza diritto al rimborso, oltre il risarcimento dei danni, la sospensione o interdizione, secondo le circostanze.

Annotazioni.

1. La responsabilità degli errori giudiziari, che producono danni effettivi, o si presentano come violazioni della disciplina, è da codeste leggi nominativamente imposta a tre classi di funzionari, ai *cancellieri*, ai *procuratori* ed agli *uscieri*, che si contengono nel generico appellativo di *uffiziali*, essendo evidente che anche l'art. 59 è applicabile ai procuratori (Merlin, *Répertoire*, v° *Nullité*). Non ai *giudici*, benchè vi sia qualche caso in cui rispondono delle spese degli atti, art. 249, princ.).

2. Una scala di responsabilità correlativa alla gravità intrinseca o estrinseca della violazione si dispiega in codesto complesso di disposizioni penali. La nullità s'intende *imputabile* quando, indipendentemente da ogni cattiva intenzione, si è commesso l'errore di non osservare la prescrizione di legge, abbandonata ogni distinzione di colpa grave, lieve o lievissima. La spesa dell'atto adunque o del procedimento che deve rinnovarsi è indeclinabile; ma quando si tratta oltreciò di colpire con pena pecuniaria, quella distinzione bisognerà bene averla presente, e secondo la gravità del caso e la morale inescusabilità dell'errore dovrà applicarsi e misurarsi la multa. È una vera pena, e non ricade, a titolo d'indennità qualunque, a favore della parte che è soddisfatta col *risarcimento dei danni*.

3. L'atto può esser *nullo* e non *rinnovabile*, *nullo* e *rinnovabile*, e tuttavia il peso di questa comminatoria può cadere sull'uffiziale imputabile dell'errore. Dato che un esame di testimoni possa rinnovarsi, può essersi non ostante verificato un danno irreparabile, se intanto un testimonio o dei testimoni più influenti sono morti. È chiaro che la parte a cui favore si deve scontare il danno o la spesa è quella che *ha interesse* onde l'atto avesse effetto, il procuratore non risponderà mai che verso il proprio cliente, che solo avrebbe azione contro di lui

4. L'articolo 60 ha un carattere del tutto disciplinare; e fuori d'ogni considerazione di danno effettivo e materiale, non riguarda che il danno morale, quello della disciplina e dell'ordine. Non sarà facile, io credo, spogliare questa disposizione penale di quell'arbitrario che l'accompagna e la fa spiacevole più della stessa sua materia. Indefinita l'autorità, indefinita la pena, indefinito, se così deve chiamarsi, il reato. Lo stesso dettato di quest'articolo ha una incertezza da non credersi. In qual caso, *non dichiarato nullo l'atto*, potrà tuttavia un giudice o un tribunale qualunque armarsi di questo scudiscio e farlo anche cadere sulle spalle del procuratore? E già alla dignità di questo nobile ministero della difesa suona male quell'accoppiare il procuratore all'usciere, e trattarli alla pari. Il fallo materiale dell'usciere si vedrà di leggieri (un esempio se ne scorge nell'ultimo alinea dell'articolo 247); ma il fallo punibile del procuratore che prova di essere in regola colla proce-

dura e di avere validamente operato, quale sarà? da chi e come si troverà ch'egli nondimeno ha fatto male, e perciò gli dev'esser appiccicata la cedola di una multa che lo farà mostrare a dito tra i suoi colleghi più diligenti e capaci? Non mancano altre leggi che, determinando le colpe e gli errori, percuotono di giusta misura il procuratore che fu minore del debito suo. Perchè aggiungervi anche una minaccia generale ed arbitraria? Io credo che gli esercenti del fôro tanto più rispetteranno se stessi, quanto più mostri di averli in onore e di rispettarli il legislatore.

Perdono di questa breve digressione, e torno a rannicchiarmi nella mia esegesi. L'art. 60 è una disposizione arbitraria, lo ripeto, giacchè vi si dichiara salvo i *casi in cui la legge stabilisca pene speciali*, ed allora non ha più luogo la sua applicazione. *Casi di pene speciali* sono gli articoli 170, 177, ecc.

5. **Precedenti storici.** — Agli antichi si presentò un altro punto di vista, tolta via la idea troppo materiale del *locatio operarum*, i difensori, che *magis operam beneficii loco praebebant*, non erano tenuti che del dolo (Leg. 1, Dig. si mens. fals. modum dix.). Finchè i principii del diritto romano rimasero in osservanza e presso noi e in Francia, la giurisprudenza andò per questa via. Una decisione del Parlamento di Tolosa dell'8 aprile 1760 sentenziava che i notai non debbono render conto delle nullità degli atti d'ultima volontà, quantunque siano da attribuirsi a loro colpa. Questa giurisprudenza si venne modificando, indi le leggi mutarono, ed ora le vediamo giunte al grado massimo di severità.

6. **Questioni** — *a) L'usciere risponde di tutte le nullità che si contengono nella citazione, o solamente della parte esecutiva che lo riguarda?* Un notevolissimo cangiamento si è operato in fatto di redazione della citazione. L'art. 54 del Codice del 1859 divideva la citazione in due parti: la prima era opera del procuratore, e da lui sottoscritta; la seconda, diceva quella legge, è opera dell'usciere, ed era pure da lui sottoscritta: questa riguardava strettamente l'ufficio suo. Ora non è più così, l'atto, quanto è, *viene sottoscritto dall'usciere* (articolo 134). Forte argomento per coloro dai quali l'usciere si ritiene *de jure* l'autore della citazione, e quindi responsabile di tutti i suoi difetti, per esempio di termini sbagliati, di equivoco di nome, ecc., salva a lui la rivalsa in ogni caso contro il procuratore (Decisione della Corte di cassazione contraria all'usciere, *Journal Av.*, t. xxiii, pag. 55, di Besançon, *Journ. Avoué* t. xxxiii, pag. 255, di Grenoble (quest'ultima del 14 dicembre 1832), *Journal Av.*, t. xv, p. 473). A me sembra potersi risolvere la questione in questo modo: se colui che reclama il risarcimento dei danni causati da errori di redazione dell'atto, n'ebbe incaricato il causidico che lo rappresenta, non credo abbia azione contro l'usciere; al contrario, se ne diede l'incarico allo stesso usciere. Poichè bene appartiene all'ufficio suo la redazione degli atti, salvo che il procuratore stesso non abbia voluto assumere la redazione, nel qual caso risponde direttamente alla parte se questa si è affidata a lui, o se il fece di proprio moto, deve rilevare indenne l'usciere dalle conseguenze. Il Pigeau, *Comment.* t. i, pag. 200, e il Demiau-Crouzilhac, pag. 60, così opinarono, ma per ragioni non identiche (Vedi gli articoli 134 e 135).

b) Se l'usciere che ha incaricato un terzo di portare a sua luogo la citazione, risponda semplicemente del danno derivato dall'errore. Più ancora: è tenuto di falso, posto ch'egli abbia sottoscritta la relazione. *Moltissime decisioni emanarono su questo punto*, e tutti gli autori convengono.

c) Il procuratore è sempre responsabile dei suoi atti? Per quanto la prima parte dell'articolo 59 sia espressa in modo affermativo, non si potrà non esaminare la specialità del caso, mentre se si trattasse di questione grave e di ragioni plausibili militanti a favore della sua opinione, dovrebbe assolversi (Decisione della Corte di Tolosa, 10 giugno 1825, *Journal Av.*, t. xxi, p. 321, Chauveau su Carré, quest. 3195 bis). Molto meno risponde del mal esito delle liti ch'egli non abbia trascurate, non provandosi colpa in lui. Ed aggiungiamo *colpa grave*: Chauveau al. loc. cit., n° 3. Che il causidico-capo sia tenuto degli errori de' suoi subalterni, ciò è fuori di dubbio (Decisione della Corte di Chambéry, 28 luglio 1858, Bettini, *Tav. decenn. procurat.*, 1858, tom. ii, p. 652).

Articolo 62.

Le pene pecuniarie stabilite da questo Codice e dal regolamento per la sua esecuzione si applicano sulla richiesta del ministero pubblico, o anche d'ufficio.

Chi sia stato condannato ad alcuna delle suddette pene senza essere sentito prima nelle sue discolpe, può farle valere, ne' giorni dieci successivi alla noti-

ficazione della sentenza o dell'ordinanza, con ricorso diretto all'autorità giudiziaria che ha applicata la pena.

L'autorità giudiziaria, sentito il ministero pubblico, se riconosca legittime le discolpe, revoca la condanna con decreto.

Del decreto è fatta annotazione in margine della sentenza o dell'ordinanza.

Annotazioni.

1. La condanna dell'ufficiale autore dell'atto *non è accessoria* della sentenza che dichiara la nullità: ciò in massima; ma secondo le circostanze, che possono essere della maggiore evidenza, lo stesso giudice ha per quest'articolo facoltà di pronunciare la pena *d'ufficio*. In tal caso l'azione dei *danni è sempre riservata*. È anche stabilito che la *nullità dev'essere pronunciata* (Devilleneuve, *Collection nouvelle*, VIII, II, 20).

2. Ma se l'atto non è dichiarato nullo, se noi ci troviamo nei termini poco definiti degli articoli 60 e 61, la difficoltà di principio si complica colla difficoltà della procedura. Non credo che la facoltà di pronunziare d'ufficio, che suppone la evidenza, sarà in simili casi esercitata; nondimeno la legge permette di farlo. Il pubblico ministero potrà dal canto suo fare la sua *richiesta*, e la condanna potrebbe anche scendere, *inaudita parte* alla quale spetta il diritto di reclamo. Segue da questa forma di processo che le parti alle quali interessa tanto l'accusa che la difesa, non sono punto di necessità, e che in loro assenza o nella loro completa ignoranza, potranno decidersi (salvo reclamo) le sempre gravi questioni che sorgeranno dalle combinazioni così largamente avvisate in quei due articoli. Gravissimo tema è quello dell'articolo 61, che comprende ogni sorta di processo civile, un processo testimoniale come un processo di periti, e tutta una causa dal principio al fine. Nè è principalmente colpito il procuratore, *se per negligenza ha ritardata l'istruzione o il compimento della causa*, o almeno quanto a lui diventano maggiori le difficoltà che tentiamo risolvere.

3. **Questioni**. — *a*) *Il semplice ritardo che non reca alcun danno può essere punito?* L'elemento del danno non è sostanzialmente considerato in questa legge d'ordine disciplinare. Una negligenza, notevole s'intende, farà cadere in pena. La pratica s'impegnerà per migliorare la disposizione. Che dalla parte stessa si forniscano le prove dei mali portamenti del causidico, che si tratti di negligenza estrema, inescusabile, malgrado ogni eccitamento, ecc., ancorchè senza vera e precisa intenzione di nuocere.

b) *I periti che accusero lungamente e senza causa protratte le loro operazioni, saranno pure puniti?* Compresi nello spirito, non lo sono, a mio avviso, nella lettera, non potendosi qualificare pubblici ufficiali.

c) *Qual è l'autorità giudiziaria competente?* Quella, io credo, che è competente a conoscere la causa, sia che emetta una decisione definitiva o incidentale o preparatoria. (Or ora si dirà la ragione). L'autorità giudiziaria che decide la causa, commina pure la multa, richiedente il pubblico ministero. Pongo anche il caso che quel giudice o tribunale, decidendo il merito o l'incidente, non applichi la multa e non ne faccia verbo nella sentenza: *avrà cessato di esser competente* a questo effetto una volta che il pubblico ministero metta avanti la domanda? Non essendo questo nella sua origine che un processo disciplinare, bisogna ripeterlo, la giurisdizione permane e può permanere dopo la sentenza giudiziale: ciò basti per ora, e V. l'osservazione più sotto.

d) *L'autorità giudiziaria pronuncia una sentenza formale, o piuttosto una ordinanza?* Il dubbio nasce da quelle parole dell'articolo, *notificazione della sentenza o della ordinanza*. Il giudice può pronunziare la pena tanto colla sentenza *definitiva* o *incidentale*, con cui decide la causa o un punto della causa, quanto con separata ordinanza.

E dico *incidentale*, poichè ritengo che pure con tale sentenza possa multarsi non solo il cancelliere e l'usciere per quanto riguarda i fatti loro, ma eziandio il procuratore. Di fatti l'art. 61 accenna alla *istruzione della causa*, nel qual campo si contiene eziandio la cognizione del giudice invocato all'effetto della multa: quindi anche in principio di lite, e in qualunque incidente o stato della causa.

Si parla in secondo luogo di *ordinanza*. L'ordinanza è una pronuncia che è più di un *decreto*, e meno di una *sentenza*. Data la domanda estragiudiziale del pubblico ministero, non citata la parte, sembra, secondo l'articolo 50, dovesse nascerne un *decreto*. Ma con più proprietà la legge dice *ordinanza*. Il *decreto* è veramente un atto dell'amministrativo giudiziario: risolve il ricorso, ma sono chiamate *ordinanze* quelle risoluzioni che, quantunque proferite senza citazione, si traducono poi in

sentenza, e sono base o causa di un giudizio contraddittorio (Vedi gli articoli 181, 262, e vedremo in molti luoghi). La *ordinanza*, anche nel presente caso, è una pronuncia d'ufficio, ma per solito ad istanza del pubblico ministero emanata, non citata la parte alla quale spetta il diritto di reclamo.

e) *Trattandosi di Tribunale o di Corti, la ordinanza emana dal presidente o dall'intero collegio?* Fatto riflesso che la legge quando intende affidare al presidente o ad un membro del collegio un operazione, lo dichiara sempre; che in questo caso non si parla che di *autorità giudiziaria*, più ancora, che per l'alin. 2° dell'articolo il reclamo si porta *alla stessa autorità giudiziaria che ha applicato la pena*, e finalmente che la cosa è per se stessa assai grave da meritare sino da principio il concorso di tutto il collegio, rispondo *affermativamente alla seconda parte*.

f) *Se l'autorità giudiziaria conferma la propria ordinanza, vi ha forse diritto all'appello?* Il quesito risuona, per così dire, nel silenzio della legge. Se *si revoca l'ordinanza*, si pronuncia un *decreto*. Si è voluto con ciò significare che in tal caso non vi è bisogno di motivazione, che non si tratta di pronunciare una sentenza, o che tutto è finito con *un'annotazione in margine della sentenza o della ordinanza*. Ma se l'ordinanza si conferma? Io credo dovrà pronunciarsi *una sentenza*, e questa sentenza *sarà appellabile*, inerendo al sistema generale del Codice (articolo 466).

g) *L'appellazione della sentenza di merito sospende forse il giudizio relativo alla pena?* Fra il giudizio di merito e quello penale è impossibile non ravvisare una relazione strettissima, essendochè i fatti che nel primo si svolgono o sono per svolgersi, passando in appello, possono avere un influenza immediata e positiva sulla questione della regolarità, della diligenza, del buono o cattivo indirizzo, dell'uso o dell'abuso dei propri mezzi. Ciò noto particolarmente rispetto al causidico che condusse, e fors'anche conduce tuttavia il processo. Ponendo mente che al postutto si tratta di sentenziare della costruzione di quel processo, della legittimità più o meno contrastata di quegli atti la cui cognizione è portata in appello, inclinerei a ritenere che l'appello si rendesse ostativo a questo quantunque disciplinare giudizio ma che nel suo sviluppo diviene un vero giudizio. Qui però bisogna fare alcune distinzioni, malgrado la nota già minacci di diventar troppo lunga. 1° se la penalità fu domandata in prima istanza, il giudice pronunziò, e l'appello si carica di questa pronunzia, l'appello sospende *de jure*; 2° se la richiesta fu fatta pendente l'appello, allora è d'uopo suddistinguere: o si tratta di atti non implicanti la questione di merito, di atti isolati, indipendenti (per esempio un cattivo atto di cancelliere che passò per altro senza danneggiare il processo, una operazione di usciere che non fu dichiarata nulla), in simili od altri casi si potrà dar corso al giudizio disciplinare, senza riguardo all'appello del giudizio di merito.

Articolo 63.

L'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, ordinare, anche d'uffizio, che siano soppresse o cancellate le scritture oltraggiose o contrarie al buon costume o all'ordine publico.

Annotazioni.

1. Questa legge vuol essere coordinata all'art. 580 del Codice penale e agli art. 622 e 623 del Codice di procedura penale. Degno è intanto di osservazione che la disposizione del presente articolo, sotto il punto di vista civile, è repressivo e penale; mentre, sotto il punto di vista della legge obbiettivamente penale, la disposizione è liberale o favorevole alla parte imputata. Di fatti, l'articolo 63 (che non è nuovo, art. 1166 del Codice del 1859), è diretto a frenare la licenza dei difensori, i quali con poco guadagno del loro onore perdono anche i vantaggi morali e materiali delle scritture che hanno imprudentemente prodotte. All'incontro l'articolo 580 del Codice penale (sardo) è *limitativo* della penalità irrogata ai diffamatori, sottraendo al suo rigore *le imputazioni o ingiurie contenute nelle arringhe o negli scritti o nelle stampe prodotte in giudizio, e relative alla contestazione sia in materia civile, che in materia penale.* L'art. 580 contiene la stessa disposizione di questo articolo quanto alla facoltà attribuita ai giudici di *sopprimere le scritture*, ma com'è della sua natura, minaccia pene disciplinari, designate in vari luoghi della procedura penale, fra le quali l'*ammonizione* e la *sospensione*. La ragione della *limitazione* consiste in questo, che al difensore fa perdonare molte cose lo zelo tuttochè esagerato della difesa, e

che si reputa minore in lui l'animo d'ingiuriare che quello di difendere il proprio cliente (articolo 23 della Legge francese del 17 maggio 1819).

2 Per quanto la legge civile e la penale corrispondano in un punto, quello del potere che hanno i giudici della causa di *ordinare la soppressione delle scritture* e la loro espulsione dagli atti del processo, ciascuna di esse deve essere osservata per ciò che alla sua indole è speciale. Il giudice civile non fa altro che *sopprimere la scrittura*. Questo è il còmpito semplice e breve dell'art 63 egli non applica la pena, ma il suo decreto può esser base al pubblico ministero onde provocarne l'applicazione in competente sede. Aggiungerò, che questo articolo, senza ciò e fuori di ciò, non avrebbe ragione di essere, imperocchè le citate leggi penali provveggono ad ogni eccesso o disordine della difesa, come ad altri abusi o pervertimenti del patrocinio.

Non si può attribuire, secondo a me pare, al giudice civile la facoltà di applicare la pena (limitandosi alla soppressione e cancellazione delle scritture). 1° perchè questa legge nol dice, laddove in molti altri casi, lungo il corso della procedura, troviamo il giudice espressamente investito di una modica facoltà di coercizione e di pena, 2° perchè dietro la soppressione ed espulsione della scrittura possono venire questioni gravi, che or ora verrò accennando, e che il giudice civile non avrebbe podestà di sciogliere; 3° perchè alcune pene sono veramente superiori a quell'ordinaria facoltà che suole attribuirsi, a tutela dell'ordine che gli compete, al giudice civile.

3° Io non dirigo le mie osservazioni all'istituto penale, e debbo limitarmi al soggetto dell'articolo (1), ma non posso a meno di avvertire una discretiva fra questo e l'indicato art 580 del Codice penale, riflesso che sfugge per l'apparente levità, e di cui non si afferra subito l'importanza. Ho riportate più sopra, al n° 1 di questa nota, alcune linee dell'art. 580, alle quali prego di ritornare *Di scritture o stampe prodotte in giudizio e relative alla contestazione* non si parla in questo articolo 63, ciò significa che quando si tratta di *soppressione*, e quindi di reprimere e di cancellare l'onta che alla sociale probità, al buon costume e all'ordine pubblico viene fatta dall'oltraggiosa scrittura, il giudice civile non ha d'uopo di sapere se sia stata prodotta, se sia relativa alla contestazione comunque apparisca, e dovunque a lui si presenti, egli fa atto di giustizia col condannarla o toglierla di mezzo. Per converso il giudice penale deve indagare *se concorrano circostanze attenuanti la penale responsabilità* del difensore, onde avvisare se non sia piuttosto da abbandonarsi alla legge comune (Mangin, *Traité de l'action publique*; num. 153) Pertanto tutte le questioni che riguardano la *relazione che può avere la scrittura ingiuriosa colla causa*, all'effetto di applicare od escludere la disposizione dell'articolo 580 del Codice penale, sono, come io credo, riservate al giudice della pena Grave quindi viene la considerazione *se il giudice civile possa condannare ai danni*, così disponendo il ripetuto articolo 580. Non si deve aggiungere alla legge, quindi ritengo non avere il giudice civile tale facoltà.

Articolo 64.

Le inserzioni nei giornali dei bandi per incanti e degli altri atti giudiziari prescritte dalla legge si fanno;

Nel giornale della provincia riconosciuto come ufficiale dal governo,

Questo mancando, nel giornale ufficiale del luogo in cui ha sede la corte d'appello;

In mancanza anche di questo, nel giornale ufficiale del regno.

I giornali anzidetti devono pubblicare senza anticipazione di spesa gli atti giudiziari riguardanti le persone ammesse al beneficio dei poveri .

Articolo 65.

Qualunque tipografo legalmente esercente può stampare i bandi per incanti e ogni altro atto giudiziario, purchè siasi obbligato, con dichiarazione fatta nella

(1) Di questo medesimo soggetto ho fatto altrove non breve esame, come si può vedere nel *Trattato dell'Azione penale*.

cancelleria del tribunale civile, di stampare senza anticipazione di spesa, su carta libera da somministrarsi dal richiedente, i bandi e altri atti giudiziari, dei quali sia necessaria la stampa nell'interesse delle persone ammesse al benefizio dei poveri.

Articolo 66.

L'editore del giornale e il tipografo indicati nei due articoli precedenti, che sulla presentazione di un ordine scritto del presidente del tribunale ricusino di eseguire senza anticipazione di spesa le inserzioni o le stampe necessarie alle persone ammesse al benefizio dei poveri, sono condannati in una multa che può estendersi a lire trecento, oltre il risarcimento dei danni verso le parti interessate.

Incorrono nella multa di lire cento i tipografi che, senza aver fatta la dichiarazione stabilita dall'articolo precedente, eseguiscono la stampa di qualche bando o atto giudiziario.

TITOLO II.

DELLA COMPETENZA, DEL MODO DI REGOLARLA, DELLA RICUSAZIONE E DELL'ASTENSIONE DEI GIUDICI E DEGLI UFFIZIALI DEL MINISTERO PUBBLICO

CAPO I.

DELLA COMPETENZA.

OSSERVAZIONI GENERALI

« Le norme di competenza presuppongono una varietà di magistrati, *non essendo la competenza* che la misura secondo la quale la giurisdizione è distribuita dalla legge ai vari magistrati ».

« Tre sono i *limiti* che può incontrare la giurisdizione, e perciò sotto tre aspetti può essere riguardata la competenza. Si ha un limite nella diversità della materia, un altro nella diversità del valore o del grado della giurisdizione, l'ultimo nel territorio sopra cui si estende una giurisdizione » *Relazione* Pisanelli

Nel nuovo Codice questa parte fondamentale della legislazione giudiziaria è trattata con molta cura, e sopratutto con chiarezza e con ordine, con quel metodo che presuppone concetti razionali maturati in mente e abbracciati nella loro forte unità. Alle tre grandi basi della competenza (materia, valore, territorio) accede quella per *connessione* o *continenza di causa*,

della quale si è formato un titolo espresso (Sezione III), appropriandovi disposizioni che prima erano commiste ad altre e confuse. I rapporti delle cose modificano, senz'alterarle, le norme direttive del diritto giudiziario. L'istituto della *ricusazione* è al suo vero posto nella regione della competenza, essendo pure *quaestio potestatis*.

Articolo 67.

La competenza è determinata per materia o valore, per territorio, per connessione o continenza di causa.

Sulla competenza generale; potere giudiziario e amministrativo. Considerazioni sulla Legge del 20 marzo 1865

1. *Della giurisdizione e della competenza generale.*
2. *Che il maggiore interesse della teoria egli è nel definire i limiti fra il potere giudiziario e il potere amministrativo.*
3. *Occasione che diede luogo a questa dissertazione.*
4. *Decadenza progressiva dello istituto del contenzioso amministrativo.*
5. *Della separazione organica, già di tempo antica, fra l'autorità giudiziaria e il potere politico dello Stato, che però non risolveva il problema della indipendenza del potere giudiziario.*
6. *Creazione d'un tribunale d'ordine amministrativo; primo passo verso la emancipazione del diritto privato; imperfezione di quel sistema.*
7. *Preludio della Legge del 20 marzo 1865.*
8. *Esposizione di alcuni articoli di detta Legge.*
   Articolo 1°
9. *Sull'articolo 2°*
   Della universale cognizione del diritto rivendicata all'autorità giudiziaria, e della sfera d'azione disegnata all'autorità politica ed amministrativa.
10. *Che s'intende con quelle parole — tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico.*
11. *Sull'articolo 3°.*
12. *Sull'articolo 4°. È stabilito il criterio della separazione delle due podestà. È conciliato il rispetto degli atti amministrativi colla libertà dell'azione giuridica.*
13. *Sull'articolo 5°*
   Applicazione dell'atto amministrativo.
14. *Dei diritti e degli interessi. Analisi di questi concetti.*
15. *Sull'articolo 6°.*
   Competenza dell'autorità giudiziaria in materia d'imposte.

---

1. Il concetto di competenza involve quello di limite. Si è detto con proprietà: *la competenza è la misura della giurisdizione.* Quando si tratta di misurare la competenza della *podestà giudiziaria* in confronto di altre attività governanti, noi facciamo uno studio di *competenza generale*, quando vogliamo conoscere la distribuzione del potere fra le singole rappresentazioni della podestà giudiziaria in un dato ramo di legislazione (1); o nelle attinenze fra i diversi rami di legislazione (2); noi studiamo la *competenza speciale.*

2. Il subbietto della competenza generale non è veramente interessante che in un rapporto; in quanto concerne l'azione del potere giudiziario, e quella del potere amministrativo. Il potere legislativo è in effetto meno suscettibile di perturbazioni; la separazione fra il potere legislativo e quello del giudice è troppo evidente, inoltre, ciò che minaccia di traboccare e d'invadere, è la forza che si muove ed opera. La *stasi* del dettame legislativo, la sua immobilità fra l'agitarsi delle contenzioni, non permette l'urto di contrastato imperio sul ter-

(1) Civile: di che si occupa assiduamente il Codice di procedura civile.
(2) Civile: penale.

reno dell'azione. Ciò che può temersi è l'usurpazione, ma il rimedio di questo male è fuori pur sempre dell'atto legislativo, esso è affidato allo stesso potere giudiziario interprete e vindice d'ogni diritto.

Ma i due grandi agenti della vita civile, perpetuamente in moto, e non rare volte operanti in contatto, sono l'amministrativo e il giudiziario. Compagne e dantesi, per così dire, la mano nell'ufficio che prestano a vantaggio della società, queste grandi istituzioni non adempiono al loro fine se non a patto di non confondersi fra loro, l'anarchia sarebbe sostituita al governo, all'ordine.

3. La comparsa della Legge abolitiva del contenzioso amministrativo poco tempo innanzi la pubblicazione del nuovo Codice di procedura civile mi offeriva un'occasione che non avrei dovuto trascurare, per rivolger l'attenzione ad uno stato di cose che niun altro scrittore di procedura aveva potuto esaminare. Io vi pensai, ma volli porvi in mezzo il tempo che mi occorreva a dettare le mie note al Codice, ritenni che l'esercizio pratico avrebbe messo in luce nuovi aspetti, e desiderai sentire la parola della giurisprudenza che è la miglior critica della legge. Mi suonavano ancora in mente le obbiezioni del Cordova, di cui venero l'autorità e temevo i presagi. Questi presagi li ho veduti da ultimo verificarsi avendo io stesso dovuto giudicare in questioni che si presentarono complicatissime, fra le quali annovero quella — Montobbio — Finanze, decisa in questo mese di maggio del 1872 a relazione dell'esimio consigliere Adami. Desidero che queste mie osservazioni non siano inutili.

Io mi restringerò anche questa volta a ciò che vi ha di più essenziale nel tema secondo il punto di vista pratico, non senza risalire alquanto alla origine e alle cause di questo rivolgimento legislativo, che è uno dei passi più risoluti nella carriera della libertà giuridica fatto dalla nostra legislazione.

I.

4. La istituzione del contenzioso amministrativo nella sua origine fu un beneficio.

Come molte altre, essa era destinata ad operare fruttuosamente sino a un certo tempo; poi mano mano che si avanzavano le idee della civiltà politica e giudiziaria, la istituzione andava perdendo, a dir così, di credito, si venivano diradando i suoi ammiratori, venne criticata, censurata, finalmente abbattuta, non da volontà più o meno potenti, ma, come sempre, dalla forza stessa delle cose. La istituzione avea fatto, come dicono, il suo tempo; aveva reso quei benefizi che poteva, si era invecchiata, e doveva morire poichè non era di quelle alle quali la grandezza del principio in cui sono fondate, assicura l'immortalità.

5. La separazione organica dell'esercizio giudiziario del governo effettivo dello Stato è ben antica. Vero è che la separazione organica e sistematica dell'esercizio giudiziario non significava indipendenza, elemento dell'attività dello Stato, non attività distinta e per sè sussistente, poteva essere assorbito, e quasi per assimilazione, sparire nello Stato medesimo (1). Tuttavia sin dove non era nell'interesse dei governi disfare l'autorità da essi creata (2), il diritto privato puro, che non faceva ombra e non era un pericolo, potè svolgersi ampiamente e circondarsi di una splendida giurisprudenza sotto l'impero dei governi più assoluti.

Ma dove per inevitabile contatto le materie del diritto privato si coloravano dell'interesse dello Stato, ivi cominciava il pericolo, la giustizia penale specialmente sentiva questa influenza di un potere che le stava sul capo, in un modo più o meno oppressivo, secondo gli uomini e i tempi.

Lo Stato non era che una volontà, e questa volontà non aveva limiti, nemmeno apparenti, nell'esercizio politico ed amministrativo. Quando l'opinione pubblica cominciò a farsi sentire ed esercitare non senza efficacia la sua reazione salutare sulla onnipotenza dei governi si pensò ad organare qualche cosa che avesse carattere di ordinata giustizia nel seno medesimo della pubblica amministrazione, e nacquero degli istituti mediante i quali furono sottoposte a certe discipline alcune determinazioni amministrative che colpivano più direttamente l'interesse privato. Se ne trovano esempi, ma imperfetti e scarsi

(1) La giurisdizione per canone inconcusso si considerava come delegata dal principe, non rare volte il principe stesso rendeva giustizia, ed era giudice in supremo appello (Meyer, *Inst. judic.* t. iv, lib. vi, cap. xvi. *Commentario al Codice sardo*, vol. v, pag. 8 e 9).

(2) Sing[illegible] osservazione è quella del Meyer che i sovrani, non sentendosi abbastanza forti, e temendo di cedere a sollecitazioni di cortigiani e di adulatori, frenavano se stessi, dichiarando che i loro rescritti non avrebbero valore contro la giustizia dei diritti acquisiti (Leg. 7, 8, Cod. de precibus; Leg. 2, 4, 5, Cod. si contra jus). I monarchi francesi proibivano ai loro cancellieri di sigillare e dar esecuzione alle lettere estorte alla loro religione (Ordinanza di Carlo V del 6 dicembre 1573, art. 6).

prima del 1790 (1), nè poteva essere altrimenti, poichè le mitezze dei governi non erano allora che concessioni, e non vi era chi osasse parlar di principii.

Nel 1790 furono tracciate, siccome è noto, le grandi linee della divisione dei poteri dello Stato; ma al nostro soggetto importa il considerare, che la separazione legale del potere esecutivo dal giudiziario non risolveva punto il problema della funzione giudiziaria applicata alle materie miste nelle quali si trovava in qualche parte implicato l'elemento dell'azione pubblica (2).

Non risolveva il problema, ed anzi pareva in certa guisa accennare a conclusioni poco favorevoli alla espansione dell'autorità giudiziaria. Ciò che si affermava, ciò che si voleva stabilire, era l'azione libera ed indipendente dei due poteri, quindi ogni ingerenza dell'autorità giudiziaria doveva allontanarsi dall'opera amministrativa. A raggiungere il qual fine sembrava opportuno che tutte quelle materie nelle quali avesse interesse l'amministrazione pubblica fossero sottratte al dominio della giurisdizione ordinaria, quantunque non pure di elementi giuridici e di diritto individuale. Se nasceva questione fra l'amministrazione che aveva dato in appalto la costruzione di un arsenale o di un porto marittimo e l'appaltatore intorno alla esecuzione del contratto, perchè intromettervi l'autorità giudiziaria, perchè posporre l'interesse generale a quello del privato, perchè creare degli imbarazzi al corso dei pubblici affari? Con ciò si offendeva quella stessa indipendenza che si voleva guarentire.

6. Quello che poteva farsi, e si fece, per dare una guarentigia al diritto privato, fu, in primo luogo di costituire una magistratura, ossia un corpo distinto dagli agenti amministrativi, ordinato a funzioni giudiziarie, sebbene composto d'istrumenti non estranei all'organamento stesso amministrativo, in secondo luogo, di sottoporre questo tribunale, che ci permettiamo di chiamare per un momento eccezionale, alla osservanza di certe forme che permettessero adito alla difesa e porgessero qualche assicurazione di un andamento regolare e riposato, secondo le consuetudini di giustizia, e fuori dell'arbitrio discrezionale inerente all'esercizio governativo.

In generale, ammesso il diritto della difesa e il doppio grado di giurisdizione. La istituzione non trovò che propugnatori e ammiratori nella copiosa schiera dei pubblicisti più o meno devoti ai principii liberali, che si adoperarono a stabilirla ed a perfezionarla, non affacciandosi a quegli alti intelletti neppure il dubbio che già portasse in seno il germe della sua dissoluzione (3).

La costituzione era destinata a realizzare delle idee rimaste pressochè allo stato di astrazione nel fondo delle dottrine. Il contenzioso amministrativo soggiacque a sua volta alla critica. In un ragguardevole articolo su questa materia del dottor Tiepolo (1) venne opportunamente citato un brano dell'opera di Hello, nel quale si osserva che, passando dal primo al maggior grado, il processo veniva a spogliarsi del suo carattere giudiziario, e non presentava più alcuna garanzia.

Il consiglio di Stato, dice Hello, non ha una vera giurisdizione, perchè finiscono col giudicare i ministri. La Legge sul Consiglio di Stato, del 19 luglio 1845, giustificava la proposizione dell'illustre scrittore, ed era veramente nello spirito della carta, che non vi sarebbe completa indipendenza del potere amministrativo ove i giudici venissero seriamente ad interporsi ne' suoi negozi. Così quello che si chiamava giudizio del contenzioso amministrativo, era poco più che un nome.

Pertanto come domandava Hello sotto la protezione della carta, quali erano le sue aspirazioni? Forse che non ci fossero più dei tribunali speciali, forse che si abolisse il contenzioso amministrativo e la giustizia si concentrasse interamente nei tribunali ordinari? No

(1) Coi quali non si devono confondere quelle istituzioni che non configuravano propriamente che un modo di operare della cosa pubblica amministrazione, come il tribunale del camerlengato a Roma, ed altre congregazioni destinate a rami speciali dell'amministrazione; altrove le *Camere de conti*, ecc., instituite al migliore andamento dell'amministrazione.

(2) E questo lo dico anche nel presupposto che la teoria avesse potuto produrre i più sodi elementi risultati, nel presupposto che dopo la repubblica non fosse venuto l'impero a rompere l'equilibrio in profitto del governo, nel presupposto finalmente che altri governi non si fossero messi loro volenterosi nella medesima via.

(3) Nomino a titolo d'onore Romagnosi, *Principii fondamentali del diritto amministrativo*, Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire*, Manna, *Diritto amministrativo*; Macarel, *Cours de droit administratif*; Laferrière, *Cours de droit public et administratif*; Foucart, *Eléments du droit public*; Dufour, *Traité général du droit administratif*.

(1) Portato dal *Monitore dei tribunali* ai num. 7, 10, 12, 13, 16, 17, 21.

davvero. Egli invoca una buona amministrazione, una giustizia bene organizzata in materia amministrativa. « L'amministrazione, « egli diceva, abbia giudici iniziati al suo spi« rito ed a suoi bisogni, giudici *l'istruzione ed « anche l'educazione dei quali siano ammini« strative* ciò è giustissimo, ma come conclu« dere che non vi abbia bisogno di giudici? » (*Regime costituzionale*, vol. II, pag. 135). Vogliamo dei giudici, proseguiva, dei giudici imparziali e non avversari, ecco il lamento di Hello (1).

Infine ciò che si voleva era una bene avviata *riforma* della magistratura del contenzioso amministrativo. Più indipendenza nei giudici, più apertura alle difese, meno ingerenza del governo. Le leggi promulgate in Piemonte nel 1859 non avrebbero soddisfatto a questo voto? La decisione appartiene alla storia, ciò che io trovo e accenno senza discutere egli è, che ad alcuni parvero un progresso, e prima di tutto fu l'opinione dei legislatori. Altri, quantunque avversari, si accordarono nel ravvisare in quella massa di leggi, non congiunte da un solo spirito e poco in armonia fra loro, si accordarono, dissi, nel ravvisarvi un regresso per ragioni differenti, in quanto ciascuno si era formato un tipo dal quale discordassero. Al nuovo slancio preso dalle idee liberali dopo la costituzione del Regno italiano, e ritenuta la necessità di riordinare questa parte importantissima della legislazione, si videro uomini eminenti che avevano per unica divisa il progresso della istituzione nel senso più pronunciato della libertà giuridica, disconvenire nel modo di comprendere questa libertà, il che importava una discussione di principii da cui dipendeva l'essenza stessa della istituzione che doveva prevalere e basterà ricordare due delle nostre celebrità parlamentari (2), che in ammirabili arringhe propugnarono opposte sentenze.

7. La vittoria rimase ai difensori della ragione giudiziaria, e in particolare alla commissione che aveva modificato il progetto ministeriale, e nacque la indicata Legge del 20 marzo 1865.

A noi basti accennare il punto che divideva le opinioni; ciò vale la illustrazione della legge.

Era una quistione in cui la costituzione della magistratura e la forma dei giudizi apparivano del tutto secondarie. Chi sosteneva la giurisdizione del contenzioso amministrativo reclamava egli stesso guarentigie maggiori, e specialmente quella pubblicità dei fatti amministrativi che non era nel disegno dei contrari. Ma ho detto che si trattava di una controversia di *principio*. Quelli insegnati dal gran maestro che fu il Romagnosi, erano principalmente messi in onore dai difensori dell'antico sistema; e si concentravano nelle tesi e postulati seguenti.

« Ovunque è la persona pubblica che fa atti di autorità pubblica sopra cose non possedute da alcuno a titolo di proprietà privata, ivi è giurisdizione amministrativa. »

« Concorrendo ragione di pubblico diritto e quella di diritto individuale e privato, prevale il diritto pubblico e l'interesse collettivo e generale. »

« Sorgendo di mezzo ai fatti di pubblica amministrazione quistioni di libertà personale, questioni di stato, di cittadinanza e simili, interessanti, al dire di Romagnosi, *l'ordine morale e sociale*, i tribunali ordinari sono i soli competenti a conoscerne; il magistrato del contenzioso amministrativo deve aspettare e rispettarne la decisione. »

Da una parte e dall'altra si ricorreva alla scienza, lo stato empirico doveva cessare. Poniamoci un momento ancor noi su questo terreno.

Gli *interessi*, i *diritti*: l'amministrazione pubblica ha per fine il *bene*, il ministero giudiziario ha per fine il *giusto*; ecco gli emisferi dell'azione rispettiva. Con questa partizione è spiegato chiaramente il concetto, il modo di vedere dei novatori, e la posizione, a dir così, dei due campi, ma non si risolve la quistione in principio, mentre gli avversari negano tutta la competenza giudiziaria per *ogni maniera di diritti*, e sostengono che i diritti della pubblica amministrazione, o quelli che si professano contro di essa dai privati nei termini delle tesi proposte, si devono di ragione deb-

(1) Più decisive e notevoli le seguenti parole: « Si « distrugge, egli dice, la stessa division dei poteri « Infatti vi ha confusion di poteri tanto allorchè « l'amministrazione giudica, quanto allorchè il giu« dice amministra o conosce degli atti d'amministrazione. Intanto cosa si fa? Si toglie al giudice « la facoltà di statuire intorno a un diritto privato « nato da un atto amministrativo, la si dà all'am« ministratore e non si vede che se evitasi l'inca« pacità del giudice a motivo dell'atto, si cade nella « incapacità dell'amministratore a motivo della fun« zione, credesi aver rimediato al male e non si è « fatto che spostarlo. »

(2) Cordova e Mancini. Seduta 9 giugno 1864.

berare da tribunali dell'ordine amministrativo, quantunque con forme giudiziarie speciali. Nella partizione si conviene facilmente, ma con una formola differente, all'amministrazione pura o attiva il maneggio e dominio degli *interessi*, ai tribunali del contenzioso amministrativo i *diritti* dell'ordine enunciato, tutti gli altri all'autorità giudiziaria. La questione adunque non versa *fra interessi e diritti*, ma *fra diritti e diritti*.

La questione è di libertà vale dire, se pari libertà e guarentigia abbiano i diritti della giustizia, dati al giudizio dei tribunali di classe amministrativa o affidati ai tribunali ordinari. Si è risposto, no, si è dimostrato il pericolo nel primo caso, la completa sicurezza nel secondo. Indi a due difficoltà conviene rispondere 1° con questo sistema l'autorità giudiziaria non usurpa forse sul potere amministrativo? 2° l'interesse generale, l'ordine pubblico non è forse alterato, offeso, da siffatta intromissione a tutto costo dell'autorità giudiziaria? All'una e all'altra obbiezione si risponde negativamente. Niente usurpa l'autorità giudiziaria ordinaria, perchè in essa si raccoglie tutta la giurisdizione La legge ha ordinate le cose di maniera che ben considerate le reciproche attinenze, e con savi e accomodati temperamenti, le due grandi attività possano operare completamente libere nella rispettiva sfera di azione; il che vedremo nelle seguenti considerazioni speciali sulla legge.

II.

(*Legge del 20 marzo 1865*).

Art. 1.

I tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile quanto in materia penale, sono aboliti; e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria o all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge

3. I tribunali del contenzioso amministrativo non erano che tribunali *speciali*, in quanto tali, non erano *odiosi* al sistema di libertà che si veniva ognora ampliando, se bene c'intendiamo sul valore del predicato. Si differenziano dagli *eccezionali* in questo, che i tribunali eccezionali rappresentano fuori del diritto comune magistrature irregolari ed anomale, composte a ragione di circostanze, a volontà dello imperante, laddove i tribunali *speciali* fanno parte integrante dell'ordinamento giudiziario, sottostanno a regole conosciute e costanti, non tengono a privilegio di persone (1), hanno per caratteristica una data materia ad essi tribunali assegnata per comodità della funzione giudiziaria, come a quelli di commercio. La magistratura del contenzioso amministrativo quantunque nel parere di alcuni venisse poi degradando nell'esercizio per un pendio che si forma naturalmente verso il centro di gravità che in tal caso era il potere esecutivo, la magistratura, lo dissi, del contenzioso amministrativo, nella mente degli istitutori, nel collegamento che aveva colla legislazione comune, non poteva considerarsi che speciale.

Art. 2.

Sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzione e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorchè siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa.

Art 3.

Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti.

Contro tali decreti che saranno scritti in calce del parere ugualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative

9. La giurisdizione ordinaria è investita per regola generale della facoltà di giudicare di qualunque contestazione giuridica. Questo principio è consacrato nell'articolo 1 Ciò non implicherebbe, come ho detto, l'abolizione dei tribunali speciali; ma è semplicemente una conseguenza che le cognizioni demandate a tribunali speciali, dopo la loro abolizione, rientrino nell'ampio continente della giurisdizione universale.

L'articolo 2 non è pertanto un'amplazione, ma una spiegazione. L'articolo 1 dice tutto. D'altra parte aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo, non poteva concepirsi che la cognizione dei subbietti giuridici ad essi attribuita ritornasse di guisa alcuna nell'ammini-

(1) Eccezionali erano i tribunali ecclesiastici.

strazione attiva, da cui era stata definitivamente avulsa colla istituzione degli stessi tribunali. Nondimeno vi era ragione di distinguere. Non si trattava più di determinare il confine fra due magistrature giudicanti; ma era d'uopo tracciare le grandi linee che separano il potere giudiziario dall'amministrativo. Il contenzioso amministrativo era come una zona intermediaria che fra il potere amministrativo e il giudiziario allargandosi, attenuava in certo modo gli attriti e allontanava, per così esprimermi, gli urti diretti. Ora i due poteri grandeggiano di fronte e sono in contatto. Anche l'amministrazione pubblica emette i suoi giudizi, emana le sue decisioni.

10. L'articolo 2 contiene due parti distinte, in ciascuna delle quali si afferma la podestà giudiziaria. Esse hanno un significato evidentemente diverso. Che la podestà giudiziaria fosse chiamata a conoscere di ogni materia di contestazione, *comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione*, è implicito nell'articolo 1. La seconda parte scioglie in massima una difficoltà che non è tolta completamente che nei seguenti articoli 4 e 5. Dato che l'amministrazione ha pure le sue [illegible] essere rispettate, e si [illegible] governativo, [illegible] gli *stessi suoi* [illegible] diritto, venisse [illegible] giudiziaria, e la [illegible] svolgere alcun [illegible] questo tema, ne riserbo l'esame [illegible] seguono.

Ora [illegible] quelle parole [illegible] *nelle quali si faccia* [illegible] *civile e politico*.

[illegible] oratore che difese alla camera il progetto di legge faceva osservare che la [illegible] legge del Belgio che [illegible] conforme (1). E [illegible] di quella frase, *diritti civili* [illegible] coll'altra, *diritti politici*. Diritti [illegible] appartengono semplicemente [illegible] privati, che non [illegible] individui, e fra [illegible] per oggetto condizioni [illegible] o ragioni di proprietà. *Diritti politici*, quelli del cittadino di paese libero, che possono vedersi sotto due aspetti. In quanto conferiscono delle facoltà, col ministero delle quali si contribuisce al governo della cosa pubblica (diritti elettorali, di associazione, libertà di stampa, ecc.), e potrebbero dirsi *attivi*, in quanto sono la conseguenza e il risultato della libertà guarentita dalla costituzione (diritto di successione, in dati casi, libertà di coscienza, ecc.), e possono chiamarsi *passivi o soggettivi*.

La pubblica amministrazione può figurare come avente un interesse nel dibattimento dei diritti sì civili che politici della persona, non pertanto la giurisdizione ordinaria è completamente investita dell'esame della controversia (2). Così letteralmente l'articolo 2. E questo, prego di avvertirlo, non per causa *di predilezione o di prevalenza del potere giudiziario sull'amministrativo*, ma perchè è passato in dogma nel nostro diritto pubblico interno, che ogni controversia giudiziale sia nel naturale ufficio dei magistrati ordinari, e perchè si crede che le ragioni della pubblica amministrazione potranno avere nel rito e nella giurisdizione comune una tutela non meno rassicurante che quelle dei privati cittadini.

L'*interesse* della pubblica amministrazione nella sfera dei *diritti civili* è interesse di parte: quanto ripugna che l'amministrazione, come parte, tragga a sè l'altra parte, privata e meno potente, nell'orbita dei propri tribunali, altrettanto è consentaneo a ragione che entrambe considerate come uguali nelle loro contrattazioni, nelle rispettive loro pretese, siano sottoposte al giudizio dei tribunali ordinari (3).

L'*interesse* dell'amministrazione pubblica in relazione a *diritti politici*, può rivestire un altro carattere. Essa può presentarsi come tutrice e vindice dell'ordine pubblico. Il suo interesse ad ogni modo non è interesse di parte. L'autorità amministrativa ha cancellato un individuo dalle liste elettorali ed è con essa che l'individuo viene in lotta per reclamare una riparazione. L'interesse superiore che la pubblica amministrazione spiega in somiglianti evenienze, il fine che si propone nella sua risoluzione, quello di mantenere la purità del concorso elettorale, di mondarlo da impuri elementi, e di giovare infine all'ordine generale, non bastano per attribuirle un'autorità

(1) Se io non mi occupo dei lavori degli altri illustri deputati e senatori, che in diversi tempi trattarono questo soggetto dal 1862 in poi, non deve attribuirsi che al bisogno che ho di restringere la mia esposizione: ma ne apprezzo la varietà e riconosco tutto il merito della loro opera.

(2) Rispetto ai diritti elettorali, vedi pag. 115.

(3) Il caso più ovvio è quello dei contratti che la pubblica amministrazione suol fare ogni giorno, per diversissime cause, coi privati individui, con società commerciali.

indipendente, che però ottiene in altri paesi che non godono di una compiuta libertà. E qui, bisogna convenirne, il rispetto della libertà politica individuale è portato agli estremi suoi limiti; ed è una delle caratteristiche del nostro sistema (1).

11. L'artic. 3 non parla più di controversie ma di *affari*. E giustamente, perchè non vi sono più controversie demandate a funzionari, qualunque siano, e con qual nome si chiamino, di ordine amministrativo, quindi molto meno all'amministrazione operante. Non sarebbe forse un pleonasmo l'articolo 3? Può essere; tuttavia esso vale come suggello delle disposizioni stanziate nei precedenti due articoli; è una traccia fortemente scolpita della divisione che il legislatore ha voluto stabilire nel suo chiaro e semplice dettato. E, al postutto non significa fuorchè l'autonomia e la libertà dell'azione amministrativa nella sfera immensa degli interessi, nel cui moto incessante si raffigura la vita dello Stato.

ART. 4.

Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato in quanto riguarda il caso deciso.

12. Qui comincia a farsi luce sull'articolo 3 e a determinarsi un ordine di rapporti inteso ad evitare pericolosi conflitti. All'ombra di questo articolo possiamo aggiungere qualche necessario sviluppo alle idee precedenti.

In effetto l'interesse del governo potrebbe implicarsi e strettamente ravvolgersi in una controversia di diritto più di quello che sembri a primo aspetto, in guisa da non potersi per artificio di leggi positive separarsi senza grave difficoltà. Combinazioni di questo genere furono già avvertite nelle discussioni parlamentari.

Questa intrinseca difficoltà può essere di due maniere. O perchè non sia agevole comprendere nella mistura del diritto privato e dell'interesse pubblico, quale sia il punto in cui si dividono e possono separatamente trattarsi. O perchè in effetto una separazione precisa non essendo possibile, gl'interessi della pubblica amministrazione non potrebbero sottrarsi alla cognizione e altresì alle disposizioni dell'autorità giudiziaria, che di questa guisa sembrerebbe trasmodare dall'ufficio suo.

Si tratta di costruire una nuova strada o un canale che fendono terreni di proprietà privata, e le questioni sono frequenti. Tutto ciò che concerne la convenienza, l'ampiezza, la modalità della impresa, sono certamente della pubblica amministrazione, se il privato potesse combattere armato ogni passo, ogni movimento dell'amministrazione, e contrastarvi con una lite, quale confusione! non si finirebbe mai più. E come in questa, del pari in molte altre controversie il *diritto privato* si subordina all'*interesse collettivo e generale*, o a dir proprio il diritto non esiste. Ma a chi tocca il dichiarare che il diritto non esiste, o non esiste che sino a un dato punto?

L'articolo 4, sommamente importante, si propone di sciogliere le difficoltà. Un *atto* della pubblica amministrazione può ledere dei diritti, senza dubbio. *Atto* è una decisione, una risoluzione qualunque del potere amministrativo sopra una data materia di sua competenza. Lo stabilimento di un'opera di pubblica utilità è nel legittimo ed indipendente esercizio del potere esecutivo (2): il decreto che l'ordina è un *atto* di questo potere. Supponiamo avvenute le regolari espropriazioni dei terreni sui quali devono erigersi le nuove costruzioni o fabbricarsi la strada. Sul modo o sulla misura dei prezzi nasce questione. Intanto il governo ordina l'occupazione. Posto che si conosca dall'autorità giudiziaria che l'*atto* riguarda veramente l'interesse dell'individuo reclamante, decide che il proprietario *deve mantenersi nel suo possesso* perchè il suo terreno non è compreso fra le espropriazioni, o sino a regolare pagamento. *L'atto non è revocato*, ma si dichiara in sostanza che non deve avere esecuzione, allo stato almeno delle cose. È impossibile non vedere in ciò la prevalenza dell'ordine giudiziario sull'amministrativo: ma noi siamo già entrati nella sfera del diritto. Una specie di urbanità, di convenienza, di rispetto alla risoluzione amministrativa impone al giudice di non metter le mani nell'atto, limitan-

(1) Vedi però a pag. 115.

(2) *Potere esecutivo* o concetto di relazione: termine opposto al *legislativo*, del quale è il braccio e l'azione. *Potere amministrativo* o *amministrazione pubblica* è l'azione stessa del potere esecutivo: ed ha pure un *carattere esecutivo*, come istituzione che oltre all'effettuazione dei placiti legislativi, imprime un moto incessante ad attività d'ogni maniera, quali mezzi d'ordine, di ben essere, di prosperità pubblica.

dosi a determinare gli effetti giuridici. La pubblica amministrazione a sua volta rende omaggio alla decisione giudiziaria contro la quale può contrastare, ben inteso, con tutti i mezzi permessi dalla stessa legge giudiziaria, ma non può reagire invocando l'autorità propria.

Si parla di *atti* in un senso di risoluzione apparente dell'autorità amministrativa. Ma non si dirà lo stesso dei *fatti* che ledono o minacciano un diritto? Niun dubbio che l'articolo 4 è frutto delle più mature deliberazioni, io non oserei aggiungervi. Ma i *fatti* devono intendersi compresi. L'amministrazione comunale o provinciale fa occupare da' suoi agenti un pezzo di terra escluso dalla espropriazione; il proprietario reclama contro il fatto ingiusto; il suo diritto di azione è evidente (1).

Ciò rende meno grave la obbiezione elevatasi che l'*atto* di un'amministrazione è cosa accidentale; non doversi su meri accidenti costituire una giurisdizione. La base della giurisdizione, si disse, *non può essere che la materia*, e se questa è d'ordine pubblico, al potere amministrativo appartiene. Chi vi rifletta, vedrà che l'argomento rimane esautorato e senza forza una volta che il sistema adottato escluda questa divisione per materia, riportando al naturale ufficio giudiziario ogni e qualunque controversia giuridica. Se un *fatto* è lesivo di un diritto, sia pure fatto di un'autorità amministrativa, è valutato secondo ragione dall'autorità giudiziaria *in quanto è un fatto*, e senza curare il suo autore o le sue origini; se vi ha di mezzo un *atto*, una manifestazione formale, una decisione, gli effetti della quale vengono impugnati avanti l'autorità giudiziaria, prossimo a scoppiare un urto fra i due poteri, la legge doveva preparare un espediente di reciproca convenienza; l'art. 4 non ha altro scopo.

ART. 5.

In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi se ed in quanto siano conformi alle leggi.

13. *Applicazione dell'atto amministrativo* significa che l'autorità giudiziaria vi dà seguimento, malgrado contrarie eccezioni. Ma dopo ciò che si è stanziato nell'articolo 4, non si può trattare che di un'applicazione *secundum quid*, cioè in quanto non sia offeso qualche diritto, poichè troviamo nel detto articolo che l'atto amministrativo, senza attaccarsi di fronte e rivocarsi, può essere denudato di ogni efficacia dall'autorità giudiziaria. È palese che essa non si eleva mai sindacatrice degli atti amministrativi; invitata a decidere di diritto, indaga piuttosto gli effetti dell'atto che l'atto stesso, sin dove lo comporta il proprio oggetto; respinge tutto ciò che è illegale senza sostituirsi al potere la cui determinazione si presenta come ostacolo alla ragione della legge, suprema norma.

In due modi frattanto può considerarsi contrario alla ragion legale un atto amministrativo: in quanto lo offenda con una *risoluzione speciale concreta* (2), ovvero con una *disposizione generale*, ed a questa sembra avviare l'articolo 5.

Del resto, l'autorità giudiziaria non può uscire dalla *sfera del diritto*; in altri termini, per alzarsi a conoscere il valore intrinseco di un atto amministrativo, *il giudice dev'essere costituito dai suoi doveri d'ufficio nella necessità di farlo*. Il che avviene in due casi, o che il diritto allegato discenda e sia generato da un atto amministrativo, e allora non può esimersi dall'esaminarlo. O che il convenuto opponga ad un'azione giuridica l'ostacolo di un atto amministrativo. In ogni altro caso mancherebbe al giudice la giurisdizione, egli commetterebbe un eccesso di potere.

14. Spesso si confondono gli *interessi coi diritti*. Si presentano in realtà delle combinazioni tanto delicate e difficili, che per avventura non si risolgono *a priori* e con un criterio generale. Si apre un concorso per un impiego comunale; si pubblicano i requisiti che sono richiesti all'ammissione del concorso; un solo concorre, presenta i requisiti, ma il concorso non si apre più. Era obbligatoria quella promessa del Comune? O due concorrenti per requisiti si presentano, uno di essi ha un corredo di prove evidentemente superiore (3), ma viene posposto. È stato offeso un *diritto*? La legge organica guarentisce la inamovibilità, il diritto d'anzianità e via discorrendo, in quali casi si

(1) Nella causa Montobbio Finanze sopra allegata, trattavasi che un potere transitorio ma sovrano che funzionò in Roma nel primo tempo dell'annessione aveva attribuiti certi particolari diritti ad alcuni funzionari che si trovarono in attività; diritti che l'amministrazione finanziaria allegava di non dover riconoscere trattandosi d'impiegati sempre revocabili.

(2) Se n'è già dato qualche esempio.

(3) Se occorre anche l'esame, niun dubbio che ciò si attiene ad una promessa, ma il collegio che giudica è un giurì insindacabile.

devia da queste regole? Si violano forse dei diritti rivendicabili in giudizio?

Io non posso dedicare al grave argomento che poche parole. Distinguiamo i *titoli* dai *diritti*, nell'ordine giudiziario i *titoli* non sono che mezzi morali per acquistare dei diritti. I *diritti* s'impongono o comandano obbedienza, i *titoli* parlano alla convinzione. Nell'ordine amministrativo havvi un potere discrezionale, inevitabile, derivante dalla natura delle cose, un potere dirigente che non soggiace che ad una responsabilità morale. Il potere amministrativo è di utilità, di convenienza, d'interesse pubblico, finchè la sua manifestazione è possibile, non esiste ancora il diritto. Quindi non vi ha propriamente *diritto* ad avere degli impieghi e degli avanzamenti: diritto, intendo discutibile dai tribunali. I *diritti* derivano dalla legge, il fatto dell'amministrazione pubblica può collocarvi in una condizione *dalla quale derivano dei diritti giudizialmente esercibili*, ma la determinazione di essa non può invocarsi come un diritto.

Art. 6.

Sono escluse dalla competenza dell'autorità giudiziaria le questioni relative all'estimo catastale e al riparto di quote, e tutte le altre sulle imposte dirette, sinchè non abbia avuto luogo la pubblicazione dei ruoli.

In ogni contratto d'imposta gli atti di opposizione saranno accompagnati dal certificato di pagamento dell'imposta.

15. Le leggi d'imposta producono obbligazioni e diritti. L'articolo 6 non è che una conferma del principio al quale omai s'informa il sistema giudiziario, di estendere il suo dominio sopra ogni controversia giuridica, di qualunque natura, e qualunque siano le parti interessate. Ma l'articolo 6 include anche una limitazione in ordine alle *imposte dirette*, e per questo fu scritto. Il lavoro autonomo dell'amministrazione arriva *sino alla pubblicazione dei ruoli*; eseguisce le distribuzioni e i riparti del debito generale. La ragione della disposizione è chiara per se stessa. *L'imposta deve pagarsi: suprema lex* comandata dall'ordine dell'amministrazione e dai bisogni dello Stato, l'azione è sempre di restituzione dell'indebito.

Dopo questo necessario e contemporaneo concorso di tutti i cittadini a pagare i tributi diretti dello Stato, la porta dei giudizi si apre a tutte le questioni *che involvono un diritto*.

Due questioni generali sono indicate come possibili dalla Legge: 1° *Sull'estimo catastale*, 2° *Sul riparto delle quote*. Ciò letteralmente dimostra che il contribuente non solamente può recare alla giustizia ordinaria i suoi lamenti sull'eccesso e sugli errori che hanno accompagnato il pagamento eseguito, ma eziandio sul titolo fondamentale del debito, benchè sancito dall'autorità amministrativa.

La corte di cassazione di Torino rigettò un ricorso che tendeva a menomare questi principii (decisione 5 giugno 1867, relatore Valperga).

Nuove osservazioni sulle attinenze e sui caratteri differenziali della competenza amministrativa e giudiziaria, portate anche queste nella 2ª edizione.

La pubblica amministrazione ha il *dovere* di promuovere e tutelare l'interesse collettivo della società, ossia di fare il *bene* nell'utile comune, ha quindi *diritto* che i suoi atti siano rispettati, perchè in questo consiste l'ordine; e l'ordine è la condizione per fare il bene. Questo grande scopo non potrebbe ottenersi senza l'esercizio di un'azione effettiva e pratica, che mediante ordinamenti e comandi s'imponga alla volontà dei singoli, perchè il bene deve farsi anche malgrado quelli che non lo vogliono, o non lo intendono a quel modo. È l'azione del governo. Il governo solo è giudice della bontà ed opportunità dei propri atti perchè il suo operare è autonomo per necessità delle cose.

L'amministrazione pubblica non è un potere dispotico, organo del bene, sa che uno dei grandi fattori del bene è la giustizia: dunque rispetto al *diritto individuale*, che è pure una forma del bene, ma indipendente dall'azione di chi governa ed esistente per se stesso. A dir proprio, il *diritto individuale* non è qualche cosa di opposto e avverso alla pubblica amministrazione, benchè questa non giunga a dominarlo coi suoi decreti: no: è piuttosto qualche cosa che è fuori di essa, e del quale non può esser giudice.

L'amministrazione pubblica non ha un vero personale interesse se non quando si porge come persona giuridica e come soggetto di diritti e di obbligazioni. Se ha dati in appalto certi fondi o certi esercizi, e viene in contrasto, dagli alti seggi governamentali discende nell'arena giudiziaria come un privato, ed allora nessun dubbio ch'essa non può rendere giudizi ma deve aspettarli dall'autorità giudiziaria. I governi meno popolari, e nonostante civili, l'intesero in guisa che diedero anch'essi dei giudici a tali questioni e permisero il di-

operare con una certa apparenza di libertà e di garanzie: sfortunatamente i giudici erano imbevuti di governativo oltre il bisogno e appartenevano ad un sistema eccezionale.

Così fu da noi il contenzioso amministrativo; magistratura che avrà adempito alle esigenze della più rigorosa giustizia, io non ne dubito, ma si credeva non poterne farlo senza una certa virtù, in altri termini, la completa imparzialità di tali giudici non pareva naturale, ed ecco perchè fu applaudita la caduta di quella magistratura, che del resto dava luogo al sistema razionale inaugurato dalla memorabile Legge del 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo.

Ora che lo abbiamo veduto sul terreno pratico, possiamo intenderlo anche meglio, e dall'opera può arguirsi che il concetto del legislatore era maturo, che prudenti furono le sue determinazioni.

Se ci si permette di toccare ancora un momento dei principii, noi vediamo tre distinte funzioni nell'amministrazione pubblica: 1° ordinare gl'interessi generali in relazione a leggi già preesistenti, ed è quello che chiamasi funzione del potere esecutivo, 2° ordinare, come potere amministrativo, ciò che stimasi utile pel bene pubblico, non però in modo universale ma secondo i casi e a norma di circostanze che consigliano il suo intervento, 3° prestarsi a concedere ciò che da essa richiedono i privati a governare certe loro faccende ed opere esteriori affinchè non rechino disturbo e danno all'ordine statuito. Esempio del primo caso, quando essendo stabilito per legge il pubblico censimento ovvero la riscossione di un'imposta, l'amministrazione pubblica promulga opportune disposizioni, fa erigere i catasti, classifica i contribuenti, ed esercita per mezzo de' suoi agenti le riscossioni. Esempio della seconda funzione, quando attua regolamenti per dirigere le acque di parziali comprensorii, per sopprimere certi fatti nocivi alla pubblica salute, per ingiungere certe discipline nell'interesse dell'ordine. È chiaro che raggirandosi l'amministrazione nelle alte regioni dell'interesse comune dettando provvedimenti, regole, cautele, per rendere applicabili e pratiche le leggi emanate dalla nazione, o anche per fare sentire l'azione benefica del governo, per solo impulso proprio in quello che io appellava interesse dell'ordine, a quest'altezza non può arrivare opposizione, contrasto, querimonia d'interesse privato comunque si volesse sostenuto dal diritto.

Dal generale si discende al particolare allorchè la esecuzione comincia: e solo nel particolare può incontrarsi una opposizione che può essere legittima.

In più modi la pubblica amministrazione può ledere il diritto privato negli atti da essa ordinati. Potere esecutivo, ha sopra di sè la legge alla quale deve conformarsi. Non è più l'arbitrio del bene ch'essa eserciti: è organo della legalità. Gli atti amministrativi devono *esser conformi alle leggi*, dice l'articolo 5, per essere applicati dai giudici, se non sono conformi alle leggi, è leso il diritto del reclamante, che domandando giustizia per sè non invoca punto delle misure generali che i giudici non possono rendere.

È leso il diritto per quegli ordinamenti spontanei che vengono dalla pubblica amministrazione come tale, quando si dimostri già stabilito uno stato giuridico incompatibile colla esecuzione di quegli ordinamenti.

Questo alto subbietto che si presenta sempre con qualche difficoltà nei casi pratici, essendosi venuto svolgendo in questo corso di tempo, offre alcuni esempi che io ricordo e trovo conformi ai principii sovra accennati.

La corte di cassazione di Torino nel 9 giugno 1866 stabilisce che l'autorità giudiziaria non conosce della *opportunità e urgenza* di provvedimenti che siano dati da competente autorità amministrativa, ma sibbene della *legalità*, cioè se tali provvedimenti furono dati da un funzionario competente a termini di legge. Negli ordini costituzionali tutti i poteri sono stabiliti da leggi, applicati alle persone dal governo del Re, che anch'esso segue una linea tracciata dalla legge: il potere giudiziario non si eleva mai a sindacare in un modo generale l'esercizio dei pubblici funzionari qual ch'egli sia, ma quando la necessità di una decisione ch'egli deve pronunciare in controversia di sua competenza lo porta a rivedere la legittimità degli atti di un funzionario anche d'ordine amministrativo, il giudice esamina se sia stato regolarmente nominato ad esercitare quelle funzioni, o se le funzioni da lui esercitate corrispondano al titolo, al grado, all'ufficio che gli è stato conferito. In altri termini l'autorità giudiziaria è competente a pronunciare o sull'arrogazione di funzioni, o sull'abuso di funzioni che avessero prodotto conseguenze lesive ai diritti dei cittadini, allorchè tale indagine sia necessaria a risolvere una questione di cui è stata legalmente investita.

Nel 22 dicembre 1866 il consiglio di Stato (che, sia detto ad encomio, porta nelle sue decisioni una larghezza e una indipendenza di vedute quanta potrebbe desiderarsi dai tribunali, dichiara che quando una deputazione

provinciale, sul riparto, uso o godimento di beni comunali, non si esprime che a pura *approvazione* o *disapprovazione*, e come governo tutelare, diremo noi, non pronuncia menomamente sul diritto, nè impegna punto la propria responsabilità, com'è stato deciso dall'eminente consesso al quale ho l'onore di appartenere (sentenza della corte suprema di Firenze, del giorno 20 dicembre 1869).

Il consiglio di Stato in altra consultazione del 22 genn. 1869 pose i seguenti principii. Che l'autorità giudiziaria non conosce di un provvedimento preso dal sindaco per tutela della pubblica igiene, e in generale è la stessa podestà amministrativa, organicamente costituita a questo scopo, che giudica dei fatti relativi al suo proprio esercizio. Se però il provvedimento del sindaco attentasse al diritto di proprietà privata, rientra la cognizione contenziosa dell'autorità giudiziaria (Legge, anno 1868).

È confortante questo accordo dei grandi poteri dello Stato, inspirato da reciproco rispetto, e fatto durevole dalla prudenza e dalla maturità dei consigli.

La corte d'appello di Milano nel 30 luglio 1868 (*Legge* d'anno, pag. 359) pronuncia esser di competenza dei tribunali il conoscere *della esecuzione di un contratto stabilito da un comune*, anche quando la controversia cade sulla legittimità di un provvedimento del consiglio comunale portante la nullità o risoluzione del contratto (*Legge*, 1868, p. 359, parte amministrativa).

Un comune (era questo il caso) aveva condotto per cinque anni un medico pei servigi sanitari del paese. Il medico aveva accettate certe condizioni; la corte stabilì l'esistenza di un contratto. Per certe mancanze ai doveri della sua professione addebitato quel medico, venne rimosso dal consiglio comunale. La questione fu portata ai tribunali.

Senza dubbio convien lasciare all'amministrazione un certo apprezzamento sulla condotta dell'impiegato, e un certo diritto di censura, ma un contratto è sempre materia di cognizione giudiziaria. Così le cause che possono dar luogo alla cessazione o risoluzione del contratto, fossero pure personali, possono sottoporsi alla revisione dei tribunali, che hanno facoltà di sindacare gli abusi dell'amministrazione quando ledano diritti acquisiti in virtù di contratto.

La corte di cassazione di Torino nel 12 febbraio 1869 (*Annali di giurisprudenza*, detto anno, pag. 79), in applicazione dell'art. 124 della Legge del 20 marzo 1865, allegato F, dichiara spettare all'autorità amministrativa di statuire anche in caso di contestazioni, sulle opere che si riscontrano dannose alla difesa e conservazione delle sponde dei fiumi, rimanendo ragione all'azione del danno da esercitarsi avanti l'autorità giudiziaria.

Ma un giudizio di nuova opera non appartiene al pretore? Il caso però era tutt'altro che semplice. Era stata autorizzata la costruzione di una ferrovia. L'amministrazione avea ordinati certi lavori alle rive di un fiume, e la questione usciva dai limiti del possessorio.

Sui conflitti di giurisdizione fra le autorità amministrative e giudiziarie.

1. *Causa per cui è statuita la giurisdizione contenziosa del consiglio di Stato: generalità dello scopo: influenza delle decisioni nell'ordine pubblico.*
2. *Eccitazione del conflitto, e come diventi accessibile la giurisdizione del consiglio di Stato.*
3. *Modificazioni e abrogazioni parziali della Legge del* 1859 *in confronto col nuovo sistema.*

I.

1. La Legge del 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo non dettò alcuna norma per risolvere i conflitti generali, ed in via provvisoria mantenne le disposizioni delle leggi anteriori, con una riserva. « Fino ad ulteriori « provvedimenti per la risoluzione uniforme « dei conflitti fra le autorità giudiziarie ed « amministrative, la Legge del 20 nov. 1859, « n° 3780, sarà estesa a tutte le provincie del « regno, ferma la giurisdizione attribuita al « consiglio di Stato per pronunciare sui conflitti dall'articolo 10 della Legge sulla costi« tuzione del consiglio di Stato del regno » (articolo 13).

Il complesso dell'articolo 10 della Legge 20 marzo 1865 sul consiglio di Stato (allegato D)

ci richiama ad alcune gravi considerazioni (1).

La *Legge sul consiglio di Stato* nel citato articolo modifica forse la Legge *sul contenzioso amministrativo*, e restringe la generalità dell'articolo 1, che fu per noi trascritto alla pag. 105? Nulla vi ha in quello, nè in altri degli articoli seguenti, che denoti la volontà del legislatore di escludere dalla giurisdizione ordinaria le controversie indicate nei numeri 2 e 3 dell'articolo 10 della Legge sul consiglio di Stato.

Peraltro in queste ultime disposizioni è così pronunciato, sì dominante, l'elemento dell'interesse generale, l'indole e l'oggetto della controversia è di maniera intrinsecato, per così esprimermi, nelle naturali attribuzioni del consiglio di Stato, che il più deciso propugnatore della giurisdizione ordinaria non può esserne scontento. Si tratta del *debito pubblico*, si tratta di materie sul cui terreno vengono a misurarsi la *podestà civile* e la *podestà ecclesiastica*, delle quali si desidera ma non si spera il felice connubio nei tempi che corrono, e ponete avvertenza che la missione del consiglio di Stato ha un carattere di generalità che non appartiene all'autorità giudiziaria, la quale s'interpone nelle questioni specifiche, nelle contingenze concrete, sia pure fra gli enti ecclesiastici e lo Stato, soggetto non certamente alieno dalla giurisdizione ordinaria.

Intanto adunque la competenza rientra nelle attribuzioni del consiglio di Stato, in quanto il provvedere sulla materia e sui diritti che vengono in questione importa per sè decisione di massima interessante la generalità dei cittadini, determina rapporti d'ordine pubblico e modifica il giure dello Stato con un'influenza che si estende sull'azione stessa del governo. Onde io mantengo, che questa legge non è propriamente una limitazione di quella sul *contenzioso amministrativo*, per la natura del subbietto sostanzialmente distinta da quel genere di controversie che, comunque implicanti l'interesse della pubblica amministrazione, si restringono al campo di una disputazione concreta, e non feriscono lo Stato nelle sue stesse funzioni.

II.

2. Perchè fu tenuta in vigore la Legge del 20 novembre 1859 *sui conflitti delle autorità amministrative e giudiziarie*, mentre l'art. 10, n° 1, della nuova Legge sul consiglio di Stato a lui attribuisce espressamente questa giurisdizione? La legge del 59 è un ordinamento che regolando il rito, le forme e le modalità del giudizio, non poteva essere supplita dall'una o dall'altra delle suddette leggi che proclamano norme generali.

« Vi è conflitto quando l'autorità giudiziaria « si occupa di questioni riservate all'autorità « amministrativa, e quando un tribunale ordi« nario si occupa di una questione riservata « ai tribunali del contenzioso amministrativo » (articolo 1 di detta Legge del 1859).

In tale posizione di cose vi sarebbe arrogazione di competenza dell'autorità giudiziaria, o non conflitto. Per certo il mezzo più semplice era quello di elevare la eccezione d'incompetenza avanti la stessa autorità giudiziaria, ma si capisce che non si aveva sufficiente fiducia nella sua imparzialità, si temeva di compromettere l'indipendenza del potere amministrativo, se insomma il conflitto non esisteva, bisognava eccitarlo, ed è ciò che ordina il seguente articolo 3. « Quando verta « dinanzi ad un tribunale ordinario una causa « che il governatore (prefetto) *creda di cogni« zione* del tribunale del contenzioso ammini« strativo, egli dovrà richiedere il tribunale « competente del contenzioso amministrativo. « — La richiesta sarà fatta mediante memo« riale ragionato da dirigersi al pubblico mi« nistero » (articolo 2). « Il pubblico ministero « promuoverà immediatamente le delibera« zioni del tribunale ordinario, unendovi le « sue conclusioni » (articolo 3).

« Se il tribunale ordinario non fa luogo alla « istanza, il governatore (prefetto) potrà con

(1) Art. 10. « Il consiglio di Stato esercita giurisdizione propria, pronunziando definitivamente con decreti motivati:

« 1° Sui conflitti che insorgono tra l'autorità amministrativa e giudiziaria;

« 2° Sulle controversie fra lo Stato ed i suoi creditori riguardanti l'interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico;

« 3° Sui sequestri di temporalità, sui provvedimenti concernenti le attribuzioni rispettive delle podestà civili ed ecclesiastiche, e sopra gli atti provvisionali di sicurezza generale relativi a questa materia;

« 4° Sulle altre materie che dalle leggi generali del regno sono deferite al consiglio di Stato, e sopra tutte le questioni che da leggi speciali, non per anco abrogate nelle diverse provincie del regno, fossero di competenza dei consigli o delle consulte di Stato.

« L'istanza per queste decisioni è trasmessa al consiglio di Stato dal ministro di grazia, giustizia e culti.

« suo decreto eccitare il conflitto (1) entro
« dieci giorni successivi alla trasmissione di
« cui nell'articolo precedente (2). Qualora la
« deliberazione sia conforme alla istanza del
« (prefetto), il pubblico ministero dovrà farla
« notificare per mezzo della segreteria di
« Stato ai procuratori delle parti, le quali po-
« tranno appellarne. In questo caso sarà in
« facoltà del (prefetto) di eccitare egualmente
« il conflitto nei dieci giorni successivi all'in-
« troduzione dell'appello notificato dalle parti
« al pubblico ministero, il quale ne informerà
« il (prefetto). Il conflitto può esser eccitato
« nello stesso termine quand'anche prima della
« scadenza del medesimo il tribunale avesse
« pronunciato sul merito » (articolo 5).

« Eccettuato il caso previsto dall'ultimo
« alinea dell'articolo precedente, non potrà
« mai eccitarsi il conflitto dopo una sentenza
« definitiva di merito non soggetta ad appello
« e passata in giudicato » (articolo 6).

Finchè non si fa che opporre la incompetenza ed insistere che sia dichiarata, il magistrato giudiziario è libero di pronunziare; pronunziata la incompetenza, si può anche interporre appello. Il conflitto può esser pure eccitato posteriormente alla sentenza di merito ad una di queste condizioni, o che il termine dei dieci giorni non sia decorso, o che si tratti di una sentenza appellabile, o che la sentenza di secondo grado non sia ancora passata in giudicato.

Dopo ciò qual rimedio rimane nell'interesse della competenza amministrativa? Il ricorso in cassazione, se la stessa pubblica amministrazione era rappresentata in giudizio. promuovendosi da altri il ricorso, la corte suprema, annullando per radicale incompetenza dell'autorità giudiziaria la decisione d'appello (1) che può fare anche d'ufficio, rivendica al potere amministrativo la sua legittima giurisdizione.

Noi supponiamo che il conflitto sia eccitato in tempo debito il che avviene dopo la deliberazione negativa del tribunale. L'articolo 7 in tal caso ordinava « il decreto con cui il (pre-
« fetto) ecciterà il conflitto, farà menzione
« della deliberazione del tribunale, e occor-
« rendo, dell'atto di appello, e specificherà i
« motivi per i quali crederà competente il tri-
« bunale del contenzioso amministrativo » (articolo 7).

Aboliti i tribunali del contenzioso amministrativo questa disposizione viene a modificarsi, come dirò più avanti. Difatti sotto la passata legislazione lo scisma poteva cadere sul vario modo di distribuire il subbietto giuridico ai tribunali ordinari e a quelli del contenzioso amministrativo, laddove oggidì non abbiamo che larghe questioni di competenza generale. Perciò la parte viva della Legge del 20 novembre 1859 potrà dirsi quella che riguarda le differenze giurisdizionali *fra l'autorità amministrativa e l'autorità giudiziaria*, per le quali è scritto l'articolo 13. « Quando havvi
« causa vertente innanzi ad un tribunale or-
« dinario che il (prefetto) creda di esclusiva
« competenza dell'autorità amministrativa, ri-
« chiederà il tribunale di dichiararsi incom-
« petente, *e procederà colle norme stabilite dal-
« l'articolo 3 e seguenti* ». Da questo richiamo non può ritenersi escluso l'articolo 7, essendo sempre richiesto dal prefetto un *decreto motivato*. I motivi della opposizione saranno già stati enunciati nella sua comparsa mediante il pubblico ministero, ma devono risultare ancora da quell'atto che chiamasi non propriamente *decreto*, col quale il prefetto rivolge i suoi reclami al ministero dell'interno coll'organo del pubblico ministero, secondo l'art. 11 della predetta Legge. I motivi diranno perchè il prefetto reputi l'affare estraneo alle attribuzioni giudiziarie, e da trattarsi piuttosto nei modi amministrativi.

Nonostante le mutazioni avvenute, il prefetto continua a corrispondere col ministro dell'interno per ordine gerarchico, accompagnando gli atti col parere del pubblico ministero, e sono fermo nel credere che lo stesso ministro dell'interno possa o no dar corso alla lite avanti al consiglio di Stato, al quale, in caso affermativo, egli trasmette gli atti.

3. *Dei conflitti negativi*.

« Quando un tribunale ordinario e un tri-
« bunale del contenzioso amministrativo si sa-
« ranno rispettivamente dichiarati incompe-
« tenti a conoscere di una stessa controversia,
« verrà determinata la competenza per de-
« creto reale, secondo l'art. 17 della Legge

(1) Che ora è quello di decreto non esiste.
(2) Nel art. [illegible]
« [illegible] che [illegible] dell'autorità ammi- [illegible] degli effetti [illegible] decreto [illegible]
« [illegible] amministrativo [illegible] [illegible]

« 20 ottobre 1859 » e l'articolo 15 della predetta Legge 20 novembre 1859.

La combinazione non è più possibile, resta quindi a vedere se questo articolo sia abrogato.

Giova richiamare il testo del citato art. 17 per riunire in questo luogo ciò che vi è di più interessante nelle disposizioni analoghe.

L'articolo è così concepito: « Sarà pure necessario il *parere del consiglio* sui conflitti di giurisdizione fra le autorità amministrative e le giudiziarie. — Questo parere deve darsi in assemblea generale. — La risoluzione del conflitto sarà pronunciata con decreto reale sulla proposizione del ministro dell'interno, e sentito il consiglio dei Ministri ».

In questo frequente rivolgere di leggi quale desidera il corso dei tempi nuovi e nella difficoltà di perfezionarle ad un tratto, è sempre pericoloso mantenere le sussidiarie antiche che s'intrecciano con disposizioni diverse, o sono animate da un diverso spirito.

Qui però non è difficile comprendere che il *conflitto negativo* è bensì possibile, ma caddero gli ordinamenti scritti pochi anni sono per regolarlo, mentrechè in questo spazio si è fatto un cammino immenso nella libertà.

Il conflitto negativo, come il positivo, poteva manifestarsi semplicemente nell'*ordine giuridico*, fra tribunali ordinari e tribunali del contenzioso amministrativo, troppo ravvicinati fra loro perchè gli urti potessero evitarsi per la sola forza della logica dei giudici. A questo difatti accenna, come a caso più ovvio, l'articolo 15 sui trascritto. La combinazione, come abbiamo detto, non può temersi allo stato attuale della legislazione, non bisogna può riprodursi sotto qualche altra forma più ristretta e speciale, per esempio, in dispute elettorali politiche, in dispute di tasse, circa le quali siano anche proposti atti di giurisdizione. Ora dunque è meglio attenersi alla formola generale che già si trova in tutta la sua ampiezza nell'art. 10 della costituzione del consiglio di Stato del 20 marzo 1865, allegato D: « Il consiglio di Stato *esercita giurisdizione propria*, pronunciando definitivamente con decreti motivati: 1° *sui conflitti che insorgono fra l'autorità amministrativa e la giudiziaria*, ecc. ». Se il consiglio di Stato *esercita una giurisdizione propria*, ossia non delegata dal principe, notevoli parole, noi ci troviamo molto avanzati oltre l'istituto del 1859. All'ufficio del consiglio di Stato era riservato il semplice ufficio di consulente; giudice vero e supremo fra l'azione del governo e l'azione giudiziaria era lo stesso governo.

Pertanto l'esistenza dell'articolo 15 della Legge del 20 novembre 1859, messo nella sua piena luce dall'articolo organico 17 della Legge del 30 ottobre di quell'anno *sul consiglio di Stato*, sembrerà sostanzialmente incompatibile colla Legge presente.

Ciò quanto allo stato positivo della legislazione. Ed è inutile eccitare una polemica di *jure constituendo*, mentre qui risiede una difficoltà intrinseca e somma: a quale autorità talmente superiore, talmente libera da ogni preconcezione, sia da affidare questo supremo giudizio; mentre non si mancherà di osservare che facendo il consiglio di Stato ultimo arbitratore della competenza, si ricade nel vizio deplorato nell'anteriore sistema; quel corpo, altamente rispettabile, si dirà appartenere all'organismo amministrativo, quantunque ad alcune funzioni si voglia investito di giurisdizione sua propria.

Rientrando nel tema, siamo chiamati ad una osservazione finale da una decisione della corte suprema di Firenze, nella quale con ragione venne stabilita l'inapplicabilità degli articoli 108 e seguenti del Cod. di procedura civile, quando si esce dal termine dei conflitti che sorgono *fra le magistrature giudicanti nel seno dell'amministrazione giudiziaria civile*, al quale oggetto soltanto furono scritti (sentenza 29 maggio 1867, *Legge*, num. 51).

Questioni di competenza sulla Legge della ricchezza mobile del 14 luglio 1864.

Dichiarano gli art. 25 e 26 di quella Legge che chiunque si crede gravato dalla tassa arbitrata dalla commissione di sindacato può portarne reclamo in un termine stabilito alla commissione provinciale.

D. P. fra i redditi esposti alla tassa denunciò gli interessi che a ragione del cinque per cento percepiva o avrebbe dovuto percepire sopra un capitale di L. 5200. La commissione, errando stranamente, scambiò il capitale colla rendita, e v'impose la tassa corrispondente.

D. P. non ricorse alla commissione provinciale; ma dopo aver pagata la tassa domandò

avanti il tribunale la restituzione dell'indebito. I rappresentanti della pubblica amministrazione opponevano la incompetenze dell'autorità giudiziaria.

La corte di Brescia, confermando in questa parte la prima sentenza (1), emendò l'errore (decisione del 19 settembre 1866, *Monitore dei Tribunali*, anno VII, 1866, numeri 42, 43).

Le massime principali ritenute in questa decisione che fa onore alla indipendenza dei giudici, e alle quali noi pienamente aderiamo, sono le seguenti:

a) Applicazione dell'articolo 6 della Legge del 20 marzo 1865, come legge generale, e quindi anche nella tesi attuale;

b) L'autorità amministrativa non poteva imporre la tassa sull'*inesistente;* il reddito tassato non esisteva *in rerum natura*. La commissione non può aver fatto cosa alcuna che abbia effetto giuridico; a simili operazioni non aveva nè mandato, nè giurisdizione,

c) L'operato della commissione è incensurabile, e le liquidazioni diventano definitive quando sopra elementi liquidabili, eventuali, incerti, il magistrato amministrativo arbitra e decide. Ciò vale una limitazione alla giurisdizione universale del potere giudiziario. Ma quando si tratta di determinare l'*ente tassabile*, non semplicemente di liquidare la tassa, rientra la giurisdizione ordinaria, che ha l'autorità di esaminare nella legge la causa giuridica del tributo.

La corte di cassazione di Torino rigettando il ricorso, confermò questi principii (5 giugno 1867, relatore Valperga).

Competenza in materia di capacità elettorale.

Articolo 75 della Legge comunale 20 marzo 1865. « Contro le operazioni elettorali è ammesso il ricorso al consiglio comunale, e da questo alla deputazione provinciale, la quale pronuncierà a termini dell'art. 36 (2).

« Quando la decisione del consiglio comunale versi sulla capacità legale di un cittadino ad essere elettore od eleggibile, *è aperta la via all'azione giuridica a senso dell'art. 39* ».

Articolo 39. « I comuni e i privati che volessero contraddire ad una decisione pronunciata dalla deputazione provinciale, o lagnarsi di denegata giustizia, *potranno promuovere la loro azione presso la corte di appello*, presentando i titoli che danno appoggio alla loro domanda entro il termine di giorni dieci dalla intimazione del provvedimento, contro il quale reclameranno. — Dove la decisione della deputazione provinciale avesse rigettata una domanda d'iscrizione sulla lista elettorale, proposta da un terzo, l'azione non potrà proporsi che dall'individuo del quale si sarà chiesta la iscrizione » (3).

È questa fra le giurisdizioni riservate nell'articolo 12 della Legge sul *contenzioso amministrativo* che nacque ad un parto con essa. L'articolo è così concepito « Colla presente Legge non viene fatta innovazione nè alla giurisdizione della corte de' conti e del consiglio di Stato in materia di contabilità e di pensioni, nè *alle attribuzioni contenziose di altri corpi o collegi, derivanti da leggi speciali e diverse da quelle sin qui esercitate dai giudici ordinari del contenzioso amministrativo* ». Precedentemente esisteva la giurisdizione comunale e provinciale in questa materia in forza della Legge 23 ottobre 1859.

(1) Moderò il disposto della sentenza rispetto agli interessi e fu ragione. D. P. avrebbe dovuto valersi dei rimedi proposti dalla legge, e ricorrere alla Commissione in via d'appello.

(2) L'art. 36 descrive la forma di tali giudizi.

(3) Art. 40. « La causa sarà decisa sommariamente ed in via d'urgenza senzachè sia d'uopo del ministerio di causidico o d'avvocato, e sulla relazione che ne verrà fatta in udienza pubblica dall'uno dei consiglieri della corte, sentita la parte od il suo difensore, e sentito pure il pubblico ministero nelle sue conclusioni orali ».

« Art. 41. « Una copia del ricorso d'appello, nel termine di tre giorni dalla presentazione del medesimo, verrà depositata nell'uffizio del ministero pubblico presso la corte, dal quale sarà trasmessa alla deputazione provinciale.

« Questa potrà inviare al ministero pubblico i titoli e i documenti che crederà opportuni al rischiarimento dei fatti.

« I titoli e documenti medesimi saranno depositati nella segreteria della corte, onde gl'interessati ne prendano visione, e saranno poi uniti gli altri ».

Art. 42. « Se vi è ricorso in cassazione, la corte provvederà a termini dell'art. 40 ».

Art. 43. « L'appello introdotto nel termine indicato all'articolo 39 contro una decisione, per cui un elettore sia stato cancellato dalla lista ha un effetto sospensivo ».

Nell'ordine giurisdizionale abbiamo una rimarchevole specialità. La competenza amministrativa trapassa in giudiziaria, e si assume quella che la legge chiama *azione giuridica*.

Fra l'anteriore e la presente Legge vi ha una differenza. Per l'articolo 30 della prima, l'*azione giuridica* esercitavasi avanti la corte d'appello *dopo esaurito il reclamo dalla deputazione comunale alla provinciale*. Ora si ritiene che senza passare per questa via, si debba portare il reclamo *direttamente alla corte d'appello*.

Se i trascritti articoli 36 e 75 non furono sufficientemente chiari, spiegazione chiarissima vi diede l'articolo 36 del Regolamento 8 giugno 1865 sulla esecuzione della predetta Legge. « I ricorsi contro le decisioni del con« siglio comunale che versino sulla capacità « legale di un cittadino o estero elettore od « eleggibile, *debbono esser portati diretta« mente alla corte d'appello* »

La giurisprudenza ha confermata questa massima (sentenza della corte di Napoli, 3 novembre 1865, in causa Lazzaro-Pepe; corte di Casale, 4 dicembre 1866, Bettini, vol. XVIII, parte. II, col. 633).

Sul quesito se in questione elettorale che inchiude la cognizione della capacità politica del cittadino sia necessario esaurire il giudizio avanti il consiglio comunale e la deputazione provinciale prima di ricorrere alla corte d'appello.

È scritto nell'articolo 75 della Legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865. « Contro « le operazioni elettorali è ammesso il ricorso « al consiglio comunale, e da questo alla de« putazione provinciale, la quale pronuncierà « a termini dell'articolo 36 (1). Quando la de« cisione del consiglio comunale versi sulla ca« pacità legale di un cittadino ad essere elet« tore ed eleggibile, è aperta la via all'azione « giuridica a senso dell'articolo 39 »

L'articolo 39 è così espresso « I comuni ed « i privati che volessero contraddire ad una « decisione pronunziata dalla deputazione pro« vinciale o lagnarsi di denegata giustizia, « potranno promuover la loro azione presso « la corte d'appello, presentando i titoli che « danno appoggio alla loro domanda entro il « termine di giorni dieci dalla intimazione del « provvedimento, contro il quale reclameranno.

« Dove la decisione della deputazione pro« vinciale avesse rigettata una domanda di « iscrizione sulla lista elettorale proposta da « un terzo, l'azione non potrà intentarsi che « dall'individuo, del quale si sarà chiesta la « iscrizione ».

La deputazione provinciale è competente a decidere in secondo grado di giurisdizione le questioni di capacità elettorale, portate in primo grado avanti il consiglio comunale? Così si enuncia il quesito del quale veniamo a parlare.

Il sig. *C* era stato ritenuto ineleggibile da una decisione del consiglio comunale di *D.* per legale incapacità. Ricorso di *C* alla deputazione provinciale (di Novara) che si dice incompetente. Chi si crede gravato da una decisione del consiglio comunale non dovrà piuttosto rivolgere i suoi reclami *direttamente* e *immediatamente* alla corte d'appello? Questo fu l'avviso proferito nel 15 novembre 1866 da quella deputazione provinciale, che si ritenne incompetente.

Ecco in sunto i suoi argomenti. Nella generalità dei casi dal consiglio provinciale si porta reclamo alla deputazione provinciale; ma la regola viene limitata qualvolta la causa della ineleggibilità si faccia dipendere da incapacità. Se l'art. 95 non è esplicito, chiaro è il disposto dell'articolo 39 al quale si richiama. Ivi è stabilito che il reclamante *promuove la sua azione* alla corte d'appello dopo la prima decisione. Nè vale obbiettare che l'articolo 39 parla di decisione della deputazione provinciale, e non del consiglio comunale: ciò è indifferente (tale era il concetto, se non le parole), perchè si tratta di sapere se dalla prima decisione debba ricorrersi immediatamente alla corte d'appello, o si debba assaggiare un secondo grado di giurisdizione prima di arrivare all'appello. Ma di tal guisa, dicevasi, si avrebbero *tre gradi di giurisdizione*, il che è contrario a tutti i principii del nostro sistema appellatorio.

Altro caso. Sentenza della corte d'appello di Torino, del 29 ottobre 1866, nella causa del comune di Morro contro Stroppiana.

Per deliberazione del consiglio comunale *S.* era stato cancellato dalla lista elettorale

(1) Art. 36. « La deputazione provinciale pronuncierà sui reclami menzionati nell'art. 35 (per la rettificazione della lista elettorale) nei cinque giorni da quello del loro ricevimento, qualora essi siano stati proposti dall'individuo stesso che vi ha interesse o dal suo mandatario, e nei cinque giorni dopo spirato il termine prefisso dall'articolo precedente, dove siano fatti dai terzi o d'officio. Le decisioni saranno motivate e notificate agl'interessati ».

amministrativa, mosso ricorso da *S.* al prefetto di Cuneo, quella deputazione provinciale con suo decreto del 20 maggio 1866, revocando la decisione del consiglio, riabilitò il reclamante e ordinò la sua iscrizione.

Il comune chiese l'annullamento di questa ultima decisione pel motivo che il ricorso avrebbe dovuto portarsi direttamente alla corte d'appello, e la deputazione avesse pronunciato senz'avere in quel caso una propria e vera giurisdizione.

Ma la corte d'appello di Torino approvò il procedimento, attesochè l'articolo 39 implichi la necessità di adire in via di reclamo la deputazione provinciale, prima d'interporre l'appello alla corte, appello che riguarda sempre la decisione di una deputazione provinciale.

Questa sentenza aveva già nella stessa corte un importante precedente in altra del 29 settembre 1864, in cui gli stessi motivi erano stati addotti e maggiormente sviluppati.

Al contrario la corte di Casale nel 4 dicembre 1866, sul ricorso Maggi, ha ritenuto un diverso principio: i consigli comunali dovere giudicarne in primo grado, ma l'appellazione doversi portare avanti la corte d'appello, e non avanti la deputazione provinciale che sarebbe incompetente. Nella stessa conclusione è venuta la corte d'appello di Napoli.

Fra queste varie opinioni io preferirei quella della corte di Torino.

Io osservo primieramente che o avanti il consiglio comunale, o avanti la deputazione provinciale, la questione si viene trattando in forma meramente amministrativa. Le prime parole dell'articolo 75 ci danno compito il giro di questo giudizio amministrativo. *Contro le operazioni elettorali è ammesso il ricorso al consiglio comunale, e da questo alla deputazione provinciale.* Seguitando, l'articolo 75 dichiara rimanere *aperta la via all'azione giuridica*, quando *la decisione del consiglio comunale verse sulla capacità legale di un cittadino ad esser elettore.* Se la *via giuridica è aperta*, ciò dimostra che la trattazione dell'affare avanti l'una o l'altra magistratura amministrativa non equivale, e non rappresenta un *esercizio giuridico.*

Nell'articolo 75 non parlandosi nè del carattere nè della forma di questo esercizio, conviene riportarsi all'articolo 39. Dal quale si scorge che l'autorità giudiziaria competente è la corte d'appello. Ma è forse un appello che s'interpone? No: non è un appello, è semplicemente una mozione che si fa *ex primo*, cui diede causa il decreto amministrativo che, attesa la materia proposta, ha dovuto entrare nella provincia del diritto, e di tale diritto che può dirsi il più prezioso fra quelli che appartengono a cittadino di paese libero, ha modificato il suo stato personale dichiarandolo privo di capacità politica.

Egli è perciò che ove nelle controversie elettorali che non escono dalla cerchia amministrativa la deliberazione della deputazione provinciale invocata per via di ricorso, è decisiva e suprema, lascia ancora al cittadino del quale è stata sconosciuta la capacità politica, la facoltà di promuovere un'azione avanti l'autorità giudiziaria, autorità designata nella corte d'appello, attesa l'importanza dell'oggetto. Non è un atto di appellazione, giova ripeterlo, non essendo la corte un'autorità superiore a quella di una deputazione provinciale, ma piuttosto diversa, e ad essa è attribuita la facoltà di giudicare *ex integro* la questione nel limite del diritto personale controverso, senza punto influire su quelle parti della decisione le quali non riguardassero che norme d'ordine amministrativo. Era ben d'uopo rivendicare all'autorità giudiziaria ciò che ad essa di ragione appartiene; sotto il quale aspetto è chiara la conseguenza, che se la corte d'appello, la cui sentenza non è sottratta al sindacato della cassazione, conosce la capacità elettorale del cittadino, il suo giudizio, a dir proprio, non s'impone, ma deve rispettarsi e attendersi dall'autorità amministrativa, perchè appunto concerne un subbietto che rientra nella competenza giudiziaria.

Dopo ciò è fuori di proposito l'andare studiando se uno o due gradi di giurisdizione siano stati esauriti, e se per avventura non sia un terzo grado di giurisdizione quello che si esercita dalla corte d'appello. Non è veramente nè un primo, nè un secondo grado, e meno ancora un terzo grado, quantunque, come vengo a dire, sia d'uopo innanzi percorrere tutto lo stadio del giudizio amministrativo. La corte giudica *ex primo*, e senza averne ostacolo nella decisione amministrativa, ed è così quantunque abbia luogo un ricorso, che è il nesso, il legame, la causa per cui si rende eccitabile la giurisdizione dell'autorità giudiziaria in una materia nella quale ha interloquito l'autorità amministrativa.

Non devesi dunque venire in apprensione che il ricorrere alla deputazione provinciale dalla sentenza del consiglio comunale non sia qualche cosa che metta in pericolo il sistema gerarchico dei giudizi. Bisogna ricordare ancora che questo è giudizio eccezionale, e per la sua singolare natura non può esser tradotto

ad consequentias, e perturbare l'ordine statuito pei casi comuni. Ciò poi che molto importa il ritenere si è, che l'intero giudizio amministrativo dev esser esaurito, come lo diceva di sopra.

Dev'esser esaurito in primo luogo perchè così vuole l'articolo 75. Se l'operazione elettorale si reputa lesiva, si ricorre al consiglio del comune, da questo alla deputazione provinciale: ecco la regola, e contro la decisione del consiglio non si passa a disputare avanti la magistratura giudiziaria. La deputazione provinciale potrebbe riformare la sentenza, e le parti esserne soddisfatte, allora sarebbe evitato il giudizio della corte. Del resto la deputazione provinciale nella quale si riconosce maggiore autorità, più indipendenza forse di un consiglio comunale in materie che suscitano generalmente le passioni locali, la deputazione provinciale insomma non dev'esser messa in disparte, il giudizio amministrativo si ridurrebbe appena delibato e il voto sulla condizione elettorale del cittadino non sarebbe pieno e completo, affinchè a cose mature potesse occuparsene la corte per quanto concerne il subbietto giuridico.

È facile rispondere ai motivi dedotti dalla espressione letterale dell'articolo 39.

Il regolo fondamentale è quello della prima parte dell'articolo 76. Nello stesso articolo si dichiara *esser aperta la via giudiziale* quando *la decisione del consiglio comunale versi sulla capacità legale*, il che però non toglie che il consiglio possa conoscerne amministrativamente. Per ciò stesso, e allo stesso effetto può conoscerne la deputazione provinciale. L'articolo 39 non farebbe che confermare questo vero, poichè ivi non si parla che di ricorso da decisione della *deputazione provinciale* alla corte d'appello.

Articolo 68.

Nessuna autorità giudiziaria può delegare ad altra la propria giurisdizione, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Annotazioni.

1. È curioso e degno di attenzione il successivo incentramento, sia lecito chiamarlo così, della giurisdizione, che per lo innanzi, frequenti delegazioni andavano disperdendo e comunicando ad altre autorità dello stesso o diverso grado. Ne diamo, per es., la prova dedotta dallo stesso fatto giuridico. Nell'articolo 266 del Codice di procedura civile francese è presa in calcolo la distanza, senza però determinar quale (*si le témoin est éloigné*), e il giudice delegato è investito della facoltà di richiedere il *presidente del luogo* ove abita il testimonio, il presidente lo esaminerà, e potrà anche a sua volta delegare un giudice. Onde la delegazione di un giudice inferiore fatta al superiore, contro ogni principio, e il giudice delegato dal delegato delega egli pure. Così la facoltà dell'esame si propaga di lunga mano oltre la sua sede naturale. Le legislazioni sarde del 1854 e del 1859, nei rispettivi articoli 287 e 305, limitarono codesto movimento, ma in un modo empirico e soltanto a maggiore comodità e semplicità, abilitando il giudice commesso, come allora si diceva, *a richiedere il giudice del mandamento ove il testimonio si trovava*, posto che la sua abilitazione fosse fuori del mandamento dello stesso giudice precedente. Ora è nato quest articolo che dall'inalienabilità della giurisdizione fa una regola generale; e se si ricerchi la disposizione analoga a quelle testè citate, che di fatti si presenta nell'articolo 239, non si vede punto accordata al giudice delegato la facoltà di delegare, poichè il testimonio è chiamato da qualunque distanza alla giurisdizione che è in possesso della causa, eccetto il caso della *impossibilità*, nel qual caso soccorrono le provvidenze degli articoli combinati 215 e 208.

2. Noi vedremo a quest'ultimo articolo che altro avviene (per ragioni proprie) *quando la prova si deve eseguire* in luogo distante da quello in cui siede l'autorità giudiziaria, che non deve confondersi colle prove personali di parti, testimoni o periti, come diremo a suo tempo; ed è pur sempre una delegazione diretta di un'autorità giudiziaria ad un'altra autorità giudiziaria, e non è il delegato che delega.

3. **Precedenti storici**. — Rilevare la sapienza, per così dire intima, di certi dettati legislativi che sfugge a superficiale esame, è, in questa severa fatica, un conforto dell'animo. Risorge in questo articolo il principio giurisdizionale in cui tanto insistono gli antichi giureconsulti (Leg. more de jurisdict., Leg. pen. de offic. praes., Leg. cui muneris Dig. de mun. et honor., § per traditionem Inst. de rer. div.). *Mandare non transferre jurisdictionem*, ritenendosi sempre dal delegante, questo era il principio, l'uso e l'esercizio della giurisdizione

semplicemente si conferiva. Onde il delegato *utitur jurisdictione delegantis*. Leg. 1 e 3 de offic. praes. et per alium videtur gerere), e non può quindi delegare, perchè non ha giurisdizione propria. Una legge di procedura può ben disporre altrimenti, ma non dirsi conforme alla scienza.

Articolo 69.

La giurisdizione non può essere prorogata dalle parti, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Annotazioni

1. *Prorogata jurisdictio est quae voluntate partium, vel ex praecepto legis, extra terminos suos exercetur* (Heineccius, *ad Pand.*, lib. II, tit. III). La prorogazione è legale o volontaria. Un principio di equità, motivato dal *jus defensionis*, e infine all'oggetto puro e semplice della giustizia, diede ai giudici, cui una certa parte della giurisdizione era assegnata, di oltrepassare ad alcuni effetti la sfera della loro cognizione onde occuparsi anche delle eccezioni del reo nel medesimo giudizio, di che la *compensatio* dapprima, indi la *reconventio*, nata in tempi posteriori e di più libere formole. Il diritto canonico vi ha gran parte (*Commentario del Codice, Trattato della competenza*, di Pisanelli, vol. I, part. I, p. 747). La *prorogatio* legale era la stessa legge, in quanto da essa era indotta e sancita, la *volontaria* presso i romani fu liberale oltre quanto il consentano le idee moderne, e supponeva una esuberanza del giure privato, una imperfetta separazione delle funzioni giudiziarie (Leg. 1 de judic., Leg. 1 Cod. eod.). Risulta difatti dalle indicate e da altre leggi che il principio che allora si poneva e dominava, e per così dire il sistema, era che il consenso dei litiganti genera la giurisdizione. E in certe epoche della legislazione giudiziaria di Roma potè benissimo convenire alla indole sua, attesa la prevalenza dell'elemento privato che s'inframmetteva nei giudizi.

2. L'affermazione del principio diverso quale si vede in quest'articolo, e che può anche credersi non avesse uopo di sanzione, ha la sua efficienza in ciò, che per essa si proclama anche una volta la supremazia della legge, l'osservanza della legalità, e più specialmente ancora che la giurisdizione, nascendo dalle sorgenti del diritto, non è mutabile a volere di parti. Nell'ordine organico l'articolo significa che la legge assegna ad ogni magistratura giudicante una sfera di azione, certa, determinata, intransitiva e propria, che ha il suo carattere essenziale nella differenza. Sottilmente ragionando, si potrebbe dire che ogni facoltà dalla legge impartita per amministrare il diritto, *aequitatis causa*, oltre la sfera naturale della giurisdizione, è una *prorogatio legalis*, come il giudicare della compensazione e della riconvenzione da quei giudici che non ne avrebbero competenza ove non fosse il soggetto loro portato per via di eccezione nel giudizio di cui sono per altro scopo investiti. E così è nei termini della scienza, ma la legge deve guardarsi da tali squisitezze. L'articolo difatti non parla che della prorogazione volontaria, per fatto delle parti.

3. Accanto alla enunciazione del principio si colloca una di quelle solite clausole che lo indeboliscono e lasciano la mente perplessa, se non si riflettesse alle limitazioni di cui non si possono comprendere a un tratto la portata e la forza. La legge dunque *stabilisce dei casi in cui per fatto delle parti è prorogabile la giurisdizione*. Ma io temo un equivoco, e prego il lettore di fare attenzione. Io temo che alcuno, tratto dalla non chiara dizione dell'articolo, possa ritenere che vi siano dei casi *stabiliti dalla legge*, nei quali una giurisdizione per se stessa inabile in un dato caso sia per diventar abile a volere delle parti, in altri termini, che le parti possano creare una giurisdizione diversa da quella imposta dalla legge. No, questo non è, e sarebbe grandissimo errore. Vediamolo.

La legge proponendosi la determinazione delle competenze le nozioni di *materia*, di *valore*, di *grado* e di *territorio*, tutti sol dirò rispetto alle tre prime basi lascia una latitudine, più o meno estesa, riguardo all'ultima, autorizzando l'elezione del domicilio, ecc., e con quello può dirsi che *la legge stessa proroga la giurisdizione per volontà di parte*. Ma badate bene: non è la parte che la crea, ma la creò la legge; la giurisdizione è già statuita in relazione a quel caso che la legge stessa previde. Vi sarebbe qualche altro caso in cui le parti possano mai autorizzare una giurisdizione incompetente? Io per verità non credo, per quanto mi volga in mente il Codice e ci ricerchi il pensiero del legislatore. Fu già in Francia assai viva fra gli sc. t

tori una contesa (tra Merlin, Delaporte, Thomine, Boitard, Boncenne, Benech ed altri ancora) se le parti potessero prorogare la giurisdizione, acconsentendo che le eccezioni di litispendenza fossero trattate dal giudice della controversia principale. Questione vana! Poichè dipende sempre dal criterio del giudice il far ragione della connessione e relazione delle cause e pendenze, non che non sia per dare il debito peso alla concordia delle parti intorno al soggetto di lite, ma non saranno mai le parti che forzeranno il giudice a riconoscere ciò che per avventura non esiste, piegando la norma di competenza alla loro volontà.

SEZIONE I.

Della competenza per materia o valore.

Articolo 70.

Sono di competenza dei conciliatori tutte le azioni personali, civili o commerciali, relative a beni mobili, il valore delle quali non ecceda lire trenta.

Sono altresì di competenza dei conciliatori le azioni relative alle locazioni di beni immobili, se la pigione o il fitto per tutta la durata della locazione non ecceda il detto valore.

Le controversie sulle imposte dirette o indirette sono escluse dalla competenza dei conciliatori.

Annotazioni

1. Questa nuova magistratura, dall'accesso facile e quasi direbbesi casalingo, dal processo semplice e breve, sparsa sulla superficie del regno a non larghi intervalli, è destinata a provvedere ai più minuti bisogni della vita civile. L'esperienza deciderà se, mercè sua, potranno, senza danno di una buona giustizia locale, diradarsi le sedi dei giudici che già furono di mandamento, ora pretori, il che sembra essere uno degli scopi. Intanto la giurisdizione procede così ristretta. L'articolo si esprime con chiarezza, quantunque non in guisa da non lasciare adito a qualche ricerca.

2. Le sole azioni *personali-mobiliari* cadono nella competenza del conciliatore. Il secondo predicato è *limitativo* del primo, prego di avvertirlo, e intende ad escludere l'idea che il conciliatore possa conoscere di *azioni reali*, comunque *mobiliari*, e di valore non superiore a lire trenta. Appressare a questa legge le dichiarazioni di diritto sulla natura dei *beni mobili*, come la concepisce il Codice civile (articolo 416 e segg.), è dare all'articolo il fondamento di cui ha bisogno.

3. Nonostante quanto è vasta la teoria che si affaccia allo scanno del conciliatore, la cui intelligenza non può essere di prim'ordine! L'indole del nostro lavoro non ci permette che alcuni fuggevoli cenni

a) Notasi in via, come a dire, d'introduzione, che l'*azione immobiliare* è sempre reputata dalla legge come qualcosa, per se stessa, di più rilevante della *mobiliare* a parità di valore; e con ragione, collegandosi a rapporti giuridici di comprensione più difficile.

b) La legge civile ha i suoi gravi motivi per considerare sotto l'aspetto di cose mobili certi diritti che emanano e si sviluppano da un gius propriamente immobiliare, tali sono quelli dell'articolo 418 del Codice civile. Perciò sotto questo punto di vista quei diritti, essendo mobiliari, potrebbero anche volersi contenuti nella competenza del conciliatore. Ma vi appone il limite la qualità di azione reale che per lo più si annette a tali diritti, come in parte sono quelli dell'art. 418, e duolmi di non poter darne ulteriori spiegazioni, riservate a quei valenti che si travagliano intorno al Codice civile.

c) Solo accenno all'art. 420 che, parlando dei *materiali provenienti dalla demolizione di un edifizio*, implica per certo un *azione reale*, non tanto perchè i cementi tengano della natura dell'edifizio (*Framm.* 7, de except. rei

judic. § 2), quanto piuttosto per l'oggetto loro reale.

d) Similmente si considerano mobili i frutti dell'immobile staccati dal suolo (art. 411 del Codice civile, Leg. 17 § 1 de act. empt. et vend.), ma la loro rivendicazione essendo il prodotto di un'azione reale, sfugge del pari alla competenza del conciliatore.

e) Credo dovere anche avvertire che non è più lecito di fare seriamente una questione sulle *azioni miste*. Non ce ne devono più essere secondo i moderni codici che hanno cura, o almeno il proposito fermo di separare nettamente gli elementi delle azioni. In ogni modo se l'analisi sorprendesse, per così esprimermi, la partecipazione di più elementi, la preponderanza dell'oggetto deve spiccare e determinare la natura dell'azione. Colui che è *personalmente* obbligato, tuttochè sia possessore, è colpito dall'azione personale qualora non si rivendichi la cosa. Chi chiede il credito, quantunque garantito da ipoteca, promuove un'azione personale finchè non si accinga ad esercitare le sue azioni in garanzia. Sarà scorta al conciliatore il tenore della domanda.

4. L'alinea dell'articolo 70 ha troncata una specie di questione che si era sollevata tra i giureconsulti moderni, quantunque questione non fosse nè secondo le leggi romane, nè secondo i più veri principii del diritto. Noi dobbiamo tenerne conto alla sapienza del legislatore. Il contratto di locazione parve, secondo alcuni (Troplong, *De la vente*, num. 497), trasformarsi in *diritto reale* dacchè l'articolo 1743 del Codice civile francese derogò all'antica regola che *la vendita rompe l'affitto* (Leg. 25 § 1 loc. cond.; Leg. 9 Cod. de locat. et cond., Leg. 120 § ult. de legat. 1). Ma è nella natura delle cose che la locazione dell'immobile sia tra i contratti personali, non versando che sui frutti, e il cangiare la natura delle cose è fuori del dominio del legislatore. Pertanto la eccezione del conduttore di fronte al terzo acquisitore non è fondata che nella presunta scienza e nel consenso di lui, come avvertono e il Proudhon, *Traité d'usufruit*, t. I, n° 102, e il Toullier, t. III, n° 388, t. XII, n° 105.

5. Il valore di trenta lire si compone di *tutta l'importanza delle pensioni*, notevole differenza da ciò che è stabilito nel successivo articolo 77. Perciò la disposizione, riflessibile dal lato scientifico, nel fatto pratico non avrà che rare applicazioni nelle povere affittanze del popolo.

Articolo 71.

Sono di competenza dei pretori tutte le azioni, civili e commerciali, il cui valore non ecceda lire mille cinquecento, salvo la competenza stabilita nell'articolo precedente.

Sono altresì di competenza dei pretori le azioni per prestazione di alimenti o di pensioni alimentarie periodiche, e per la liberazione totale o parziale dalle obbligazioni relative, se la prestazione in controversia non eccede il valore di annue lire duecento.

Le controversie sulle imposte dirette o indirette sono escluse dalla competenza dei pretori.

Annotazioni.

1. Il linguaggio si *riforma*: abbiamo i *pretori* e lasciamo dietro noi i *giudici di mandamento*. È già qualche cosa. Fu notato da altri che la civiltà tende ad ampliare i poteri della giustizia locale, secondo che i centri delle popolazioni si vanno costruendo più animati e più numerosi, e il moto degli affari si va intrecciando in combinazioni più frequenti e domanda più pronte soluzioni. La *competenza dei pretori* comincia a realizzare questo concetto, portando aumento di grado e anche di giurisdizione, benchè ancor lieve. Due cardini ha questa competenza: il valore (lire 1500), l'oggetto (V. l'art. 82).

2. Delle cause commerciali. Precedenti storici. — Tutte le cause relative ad affari di commercio devono essere giudicate dai tribunali detti propriamente di commercio? o in quei luoghi dove mancano i tribunali di commercio, non sarà demandata questa attribuzione ai tribunali civili? o piuttosto i giudici locali, nei limiti del valore, non avranno essi qualità per conoscerne come di ogni altro titolo non eccettuato? In Francia non prevalse mai che il primo sistema; nei nostri codici italiani i due secondi furono variamente adottati. La materia fu discussa con una certa ampiezza e anche con una certa tenacità nel parlamento francese, e nel piemontese, molto più tardi, sul progetto del Codice di procedura

del 1854. Pel sistema francese e ligure si adduceva la confusione che in contrario si sarebbe fatta di due istituzioni per sè distinte, e il pericolo che c'era nello affidare ai giudici inferiori la decisione di affari commerciali, benchè piccoli, senzachè si riconoscano in loro le opportune cognizioni a quest oggetto. Qualche cosa di vero vi è in questa obbiezione, ma vi è altresì dell esagerato ora che la legislazione commerciale si è tanto schiarita, e venne sin d allora sopra ogni altro riflesso apprezzata la necessità di provvedere ai bisogni del commercio con una giustizia locale e spedita. La quale massima riceve nel nuovo Codice un'applicazione più specifica, come in questo e nel precedente articolo si manifesta (*Sulla podestà dei pretori per dare esecuzione alle sentenze dei tribunali di commercio*. Vedi l'articolo 570).

3. **Questioni alimentari**. — È questo uno dei soggetti della competenza pretoriale che s'informa dalla *natura del titolo*, benchè non del tutto scinta dalla considerazione del valore. Il diritto agli alimenti, ecco l'urgenza dominata nel titolo, ed ecco la causa vera ed omai *rimasta sola* di questa competenza per ciò estesa oltre l'ordinario, nella sfera del valore. Anche qui un po di storia. Non ammessa in Francia nei primi tempi questa istituzione, per ragioni che ora non importa dire, ripreso tanto l'esame nella camera in occasione delle leggi del 1838, il partito fu vinto in cifra maggiore. In Piemonte la legislazione del 1854 (articolo 3 del Codice di procedura civile) attribuiva ai giudici di mandamento la podestà delle questioni alimentari non eccedenti l'annua pensione di lire 120, ma *lim itatamente* a *certe persone* e a certi titoli nel Codice civile. Ciò valse una bella discussione del Pisanelli (*Commentario*, vol. I, part. I, pag. 290 e seg.), a cui la sopraggiunta legislazione del 1859 tolse opportunità. Difatti l'articolo 2 di quel Codice è, in questa parte, quello che fu adottato nel presente, che il progetto dello stesso esimio giureconsulto ritenne, ma ampliandolo (Vedi sotto *b*). Or dunque non si tratta soltanto delle prestazioni alimentari tra padre e figlio e tra i più stretti congiunti ma di tutte senza distinzione, o dovute per obbligo naturale, o per convenzione, o per testamento, tolta via ogni ragione, benchè sacrosanta, di privilegio, e non avendo in vista che di provvedere immediatamente e senza indugi a un tanto bisogno dell'umanità.

a) *Nelle prestazioni alimentari di questo articolo si comprende tutto ciò che viene legalmente sotto nome di alimenti nella nota* Leg. 43 Dig. de verbor. signif.? (art. 139 e seg. del Codice civile). Io così ritengo, e solo osservo che avendo il legislatore limitato il valore ad una pensione annua di lire 200, bene espresse che qui si tratta di alimenti della più stretta e indispensabile necessità.

b) *Ma sarebbe competente il pretore ove sorgesse questione sullo stesso titolo e causa giuridica degli alimenti?* Noto cosa che facilmente sfugge. L'articolo 2 del Codice sardo diceva: conoscono pure delle *domande*, e il nostro: sono di competenza.... le *azioni*. Da ciò la comprensione del titolo. Le *azioni* pure di *liberazione totale o parziale delle obbligazioni alimentari* vengono in questa competenza, e finiscono di persuadere ad ogni uomo la soluzione affermativa.

c) Havvi però un limite speciale. *Se la prestazione in controversia non ecceda il valore di annue lire 200*.

Prestazione alimentaria periodica *perpetua* non si dà. Può essere vitalizia a una persona, o vitalizia a più persone, o a tempo diversamente determinato. Mancando la perpetuità, il legislatore della procedura ha potuto stabilire questa misura stando nel concetto della competenza pretoriale per causa di valore. Con questa norma il pretore è competente anche a conoscere del titolo, come sugli esami, a giudicare della sua validità e dei fatti concernenti la liberazione, come il pagamento, la novazione, la compensazione, la prescrizione.

d) *Se le pensioni sono scadute, se trattasi di pensioni arretrate, si applica questo articolo?* Mi occorre di rammentare che in tema di compromesso (articolo 8) proponendomi una questione analoga io respinsi la facoltà di arbitrare sugli *alimenti futuri*, ma tenni un altro avviso quando fossero arretrati e passati in credito (ivi, nota 3 *b*). In conclusi insomma che degli *alimenti arretrati*, o impropri, si può compromettere. La soluzione che ora propongo riguarda un diverso aspetto di quella relazione giuridica. Là si trattava di conoscere se *esclusa* in principio *dall'arbitraggio la materia degli alimenti*, l'esclusione fosse estensibile agli alimenti passati in credito. Si *limitò* la teoria, rispondendo del no. Ora si domanda se la *comprensione*, che forma l'oggetto dell'articolo, abbracci per anco un *azione di alimenti scaduti*. E si risponde del sì. Nell'uno e nell'altro caso prevale il favore della libertà giuridica nell'ampiezza dell'interpretazione. È chiaro che se le somme delle pensioni arretrate superassero le 1500 lire, cesserebbe la competenza del pretore, quantunque la pensione annualmente ragguagliata non ecceda le 200 lire (vedi l'art. seguente).

Articolo 72.

Il valore della causa si determina dalla domanda.

Gl'interessi scaduti, le spese e i danni anteriori alla domanda giudiziale si sommano col capitale per il calcolo del valore.

Quando si domandi una somma che sia parte o non residuo di una maggiore obbligazione, il valore si desume dalla obbligazione intera, se questa è controversa.

Annotazioni.

Alla 1ª parte. — *Quoties de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur* (Leg 19 de jurisdict). Certamente il pronunciato dell'articolo implica un concetto di esclusione. Il concetto era stato espresso dall'articolo 29 del Codice sardo del 1854 in queste parole: « il valore della causa viene determinato da quello della domanda dell'attore, *non da quello della sentenza*. Quest'ultima parte non fu riprodotta nè nell'articolo 32 del Codice di procedura del 1859, nè in questo nuovo. Forsechè era superfluo, e la nuova redazione si disgustò del pleonasmo? Può essere; ma l'antitesi vera è duplice: 1ª fra il *valore della domanda* e il *valore di diritto*, poteva aggiudicarsi una somma anche molto minore, ma la competenza era fissata; 2ª fra la *domanda* e le *eccezioni*, dalle quali non si deduce per regola il criterio della competenza di valore.

Ma la *domanda* è forse in questo caso sinonimo di *citazione?* Non precisamente. L'attore può moderare, ridurre la sua *domanda* con atti successivi. Può farlo sempre quando il giudice adito era competente secondo la primitiva domanda, nè la riduzione è punto per alterare i termini della competenza, mentre (supposto che la riduzione sia regolare e non ecciti una nuova controversia) importà al giudice di uniformarvisi sotto pena di eccesso. *Questione*, se il giudice essendo in origine incompetente, la riduzione sia valevole ad attribuirgli quella competenza che non avrebbe avuta nei termini della citazione. Se al pretore fu chiesta una somma di lire 2000, egli era incompetente, ma colla riduzione a lire 1500 diviene egli forse competente? Un esimio giureconsulto ha risposto affermativamente (*Commentario del Codice sardo*, vol. I, part. I, pag. 577). Io pure lo credo, alla condizione però che il convenuto non abbia già allegata la eccezione d'incompetenza.

La questione di valore potrebbe anch'essere determinata ad *ogni effetto*, sì della competenza che dell'appellabilità, dall'atto del convenuto, vale a dire dall'*acquiescenza* che al valore ridotto fosse da lui prestata, sebbene in origine non fosse il giudice competente.

Per le domande *addizionali* ed *aumentative*, in quanto valgano a rendere competente il giudice che non lo era, bisogna tenere il contrario: l'attore non può avere questa facoltà. Se il giudice era competente, aumentando l'importare della domanda in corso di lite, e la contraria parte prestando il suo assenso all'effetto che il giudice faccia atto della sua giurisdizione col giudicare di questa maggiore domanda, verrebbe a sostegno il responso di Giuliano nella Leg. 74 § 1 de judiciis.

Ma intorno a ciò conviene fare un'avvertenza affatto elementare. Giuliano insegnò: « Judex « qui usque ad certam summam judicare jus« sus est (a delegante vel a lege glossa), etiam « de re majori judicare potest si inter litiga« tores conveniat ». Ciò s'intende nella misura della competenza di valore. Se uno ha domandato avanti il pretore lire 1000, e l'attore nel corso del giudizio aumenta la sua domanda fino ad altre L. 500, e il convenuto non si opponga, ed anzi aderisca per essere giudicato di questa ulterior pretesa, niente osta che entro questa misura possa il pretore giudicarne.

Alla 2ª parte. — Gli *interessi scaduti formano un debito certo*, gli scadibili essendo indeterminabili al momento della citazione, non sono neppure un credito. Parlando di *danni anteriori* non si può intendere che dei *danni verificati*. Il che è diverso dall'*avere una causa anteriore*. La causa può già preesistere alla stessa citazione. L'esistenza della causa potenziale del danno basterà a motivare una domanda generica, specie di protesta pei danni possibili o anche probabili, che non aumenta però l'importanza del libello all'effetto della competenza. *Spese anteriori* non possono essere quelle della lite attuale (per es. le *spese del protesto* di una cambiale sono generalmente ritenute *spese di procedura* (Senato di

Genova, 30 ottobre 1832, Collezione Gervasoni, 1832, p. 420, Dalloz, *Rec.*, 1849. Potrebbero essere le spese di un altra lite, finita di già, e formanti un credito separato e indipendente. Pare che l articolo intenda principalmente delle *spese incontrate e relative all'oggetto in questione*. Le spese di una lite possono anche formare l oggetto principale della domanda. Una *domanda secondaria* può non essere che un modo della principale, può essere *accessoria ma distinta*, e quindi computabile in valore. Talvolta ciò che è puramente consequenziale di una domanda, come la cancellazione di un iscrizione ipotecaria in seguito dell assoluzione che si richiede, può dare all'azione un diverso carattere, quello, per es., di azione reale.

Alla 2ª parte. — La legge ha considerato che la *domanda del residuo* mette fuori di contesa, almeno dal lato dell'attore (e ciò basta), tutto ciò che riguardava la precedente obbligazione, che si ritiene già estinta. Ma la domanda di una rata o parte dell obbligazione suscita la questione dell intero, se il convenuto la oppugna e compromette le rate future. La legge parla di quantità e di somme, ma ritengo che la stessa ragione militi *quoad res*, ove la domanda dell individuo implichi la questione di un obbligo comprensivo di altri corpi: se, per es., essendo stati legati più cavalli, se ne domanda uno, e il convenuto sollevi la questione della nullità del legato. Altro è a dire se l altra parte del diritto risultante dall'obbligazione non *appartenga più all'attore*, supponendo che il credito sia già stato diviso, o l attore stesso abbia ceduto la parte propria. Nel qual caso egli *potrebbe aver interesse*, restando garante della vendita e obbligato di evizione.

Considerazioni ulteriori

L attore, come ho detto di sopra, facendosi a chiedere una somma quale residuo, confessa che il credito è ridotto a quella misura, la quale essendo compresa nella giurisdizione del pretore, non lascia luogo a discutere sulla quantità del credito anteriore che si reputa estinto. Difficilmente il convenuto vorrà sostenere di avere tutto il debito, tuttavia può sorgere una questione d imputazione, quando il convenuto abbia interesse di mostrare che i pagamenti da lui fatti andarono in un conto diverso. Il caso è nato, e la corte suprema di Torino l'ha deciso nel senso di considerare, per l'effetto della competenza, come esistente il debito intero, o almeno il debito intero esser divenuto materia di contestazione, e non trattarsi più di *residuo* ma di *totale*, e se il debito intero supera lire 1500, sfugge alla cognizione pretoriale (sentenza del 24 maggio 1867, Legge 1867, pag. 605).

Ma per dichiarare la incompetenza del pretore non deve forse risultare che *l intero è controverso?* Suppongasi che il debitore non metta dubbio sul dovere la somma intera che fingiamo di lire 2000, soltanto all'appoggio di una tale confessione, egli insista nella eccezione della incompetenza pel motivo semplice insinuato nella sentenza della corte suprema, che non *agitur* più di residuo ma di totale. Ma se non è *residuo*, che sarà esso se non *parte?* Il debitore confessa di dovermi lire 2000: io ne domando *parte*, cioè lire 1400, perchè non mi sarà accordata, salvo il rimanente? Forse la corte suprema ha veduta una questione; io non mi occupo della specie decisa, ma in generale dico che non solo deve risultare un totale, ma un *totale in controversia*.

L'articolo 72 capoverso ultimo è una delle limitazioni al principio veramente fondamentale della competenza — *il valore della causa si determina dalla domanda*. Un altra andiamo a trovarne negli articoli 76 e 101. E se ne ha giusta ragione nella economia dei giudizi, per non far più liti di un solo subbietto, per non mettere a contrasto sentenze, o dover invocare troppo spesso il *regolamento di competenza*. Io mi permetto di ripetere un riflesso generale che l'esperienza mi dimostra non essere privo di opportunità.

I giudici minori si trovano spesso in faccia ad eccezioni, le quali, proposte come azioni, sarebbero di gran lungo superiori alla loro competenza. Si domanda una somma che non passa le 1500 lire. Si oppone dal convenuto il patto di un istrumento che involve convenzioni gravissime, e il giudice non può decidere se non attraverso la interpretazione di quel patto, interpretazione che influisce su tutta la transazione che è la materia dell istrumento. Ma se il giudice ha bisogno di sciogliere quella difficoltà, senza di che non può esercitare la sua giurisdizione, deve ben farlo: *Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur sine quibus jurisdictio explicari non potest* (Leg. 12 Dig. de jurisdict.). In effetto la regiudicata, che è per risultare dalla sentenza pretoriale, non concerne e non risolve che la questione proposta nella domanda, non fa stato che per questa sola; nè la sentenza potrà mai essere allegata come pregiudicevole qualora avanti a competente tribunale si promuovessero azioni sul merito della transazione della quale il giudice inferiore ha dovuto conoscere in via di eccezione.

Queste osservazioni che ho fatte in qualche altro luogo non vanno a ferire l'altro disposto dell'art. 70. Sono cose molto diverse. Altro è che il giudice minore per risolvere la domanda proposta nei limiti della sua competenza, sia nel dovere di rilevare la forza dell'eccezione da documenti che, considerati in se stessi, hanno un entità illimitata; ed altro che sentenziando di una rata venga a risolvere la questione del titolo che è messo in contestazione. La legge però, come sopra si diceva, limi a in più casi ed espressamente la competenza del giudice minore rispetto della eccezione opposta, cessando la regola indicata.

Articolo 73.

Quando i capi di domanda siano più, si sommano tutti per determinare il valore della causa, se dipendano dallo stesso titolo; se dipendano da titoli distinti, si ha riguardo al valore di ciascuno preso separatamente.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Rappresentando l'art. 73 l'ultimo stato della legislazione su questo punto non si può bene apprezzare la sua nozione senza qualche sussidio storico.

Nel diritto romano prevalse la massima che Bartolo enuncia in questi termini *Non debet fieri concerratio plurium summarum ex diversis actionibus debitarum ad jurisdictionem impediendam*, dalla Leg. 11 de jurisd. omn. judic., che è precisa. Il giudice, attesa la divisibilità delle azioni, rimaneva competente, benchè le somme coacervate lo avrebbero portato oltre il confine della sua competenza. La forza di questa decisione sta nella *pluralità delle azioni*, imperocchè se i moltiplici diritti si fossero sviluppati dall'azione medesima, la cosa cangiava d'aspetto.

La logica mirabilmente sicura di quelle menti si svelava anche in questo concetto. In Francia, dopo lunghi indugi, si venne sul disputare, e due sistemi si trovarono a fronte nelle discussioni parlamentari del 1835 e del 1837. L'uno propugnava che, potendosi pure quelle azioni sperimentare disgiuntamente, ragione non c'era per impedire all'attore di proporle in un solo giudizio (non essendo fra loro in opposizione) dovendosi il giudice ritenere investito di altrettante cognizioni distinte, quanti erano distinti i capi dei quali dovrebbe giudicare. Altri temevano il soverchio gonfiarsi della competenza, resa da simile concorso troppo più importante di quella che per sua natura sarebbe la posta di un giudice di pace, temevano che nascesse confusione, che si gravasse di troppo peso, e allegavano per analogia l'articolo 1345 del Codice civile. A questi ultimi restò la vittoria.

I codici delle frazioni italiane variarono; fermandoci, al solito, nei codici sardi troviamo quello del 1854 avere seguita questa norma con una deplorabile precisione, dichiarando espressamente l'art. 30 che non valeva il trattarsi di *cause o titoli distinti*.

L'articolo 33 del Codice del 1859 fece un improvviso e grato ritorno al principio del diritto romano. Noi vediamo nel presente ripresa quella dichiarazione, e di nuovo consacrata con una redazione anche più corretta.

2. **Questioni.** — *a*) *L'articolo avrà la sua applicazione qualora più siano le persone dei convenuti?* In genere rispondo di no. L'unità della relazione personale si porge come vincolo d'unione alla stessa moltiplicità dei rapporti giuridici, senza di questo è facile comprendere a quali strani inconvenienti si andrebbe incontro. La regola però si limita, o *quando si tratti di coobbligati* (Pisanelli, *Commentario al Codice sardo*, vol. I, part. I, nº 606, *Della competenza*), o ancora se la qualità e natura delle azioni implichi più individui che rispettivamente vi sono interessati, quantunque non coobbligati.

b) *Potranno indistintamente e senza discernimento alcuno cumularsi le azioni?* La ragione che sovrasta ad ogni precetto, dice che un rapporto di convenienza, una certa affinità dovranno avere le azioni proposte nel medesimo giudizio, e sarebbe assurdo che una domanda pecuniaria di una rata di affitto fosse associata ad un'altra di petizione d'eredità, o di rivendicazione di un immobile. Del resto la legge chiaramente spiega che una base comune alle singole e distinte petizioni esiste nella *domanda* da cui hanno origine: un contratto di affittanza potrà esser causa per chiedere le pensioni scadute, la restituzione di certi effetti che il conduttore si è appropriato senza ragione, un termine per fare l'inventario, ecc.

3. Avverto che la stessa norma che regola la competenza, governa l'appellabilità. La teoria della divisibilità dei capi di lite è osservata eziandio per le appellazioni (art. 486, al. 2).

Articolo 74.

Quando più persone chiedano in un medesimo giudizio da uno o più obbligati il pagamento della loro parte di un credito, il valore della causa si determina dalla somma totale

Annotazioni

Una disposizione identica alla presente susseguiva l'art. 30 del Codice di procedura civile del 1854, che nella 1ª annotaz. al preced. articolo si mostrò contenere il principio totalmente opposto a quello della divisibilità delle azioni sancito nel nostro articolo 73. In quel sistema la disposizione poteva sembrare correlativa, nel nostro ha l'aspetto di una limitazione limitazione che, volendo così chiamarsi, potrebbe anche offendere il principio, se non fosse cautamente e ragionevolmente intesa. Conservando questa disposizione, noi ci siamo anco una volta conformati alla tradizione romana, colla quale è difficile l'errare. Ora *non più della pluralità delle azioni*, ma *de pluralitate personarum agitur*, che sta a completare la teorica di Cajus, dichiarata nel libro 1 *ad edictum provinc.*, L. 11, Dig. de jurisdict. Ivi s'insegna che *si una actio communis sit plurium personarum veluti familiæ erciscundæ*... tota res erit spectanda, *quia tota res in judicium venit* Questo apoftemma sembra sostenere l'opinione di coloro che credono aver luogo la regola, che ora vedesi enunciata anche dal nostro articolo, allora soltanto che *si abbia unità di causa* o titolo (secondo spiegarono il Codice di procedura di Parma, art. 52, e quello di Modena, art 30) *Se il valore della somma si determina dal valore totale*, egli è evidente che *trattasi di quantità omogenee* e di elementi che possono insieme riunirsi; quindi non di *azioni* distinte e diverse, ma di *una sola azione*, precisamente secondo il concetto del giureconsulto romano.

Due enunciati possono pertanto stabilirsi: 1º che la sostanza del presente articolo è: la pluralità delle persone o degli attori o dei convenuti non costituisce pluralità di azioni; quindi farsi luogo alla cumulazione. (Più eredi, per es., domandano un credito; benchè il credito sia *ipso jure* divisibile e ciascuno di essi domandi la sua virile, *tota res in judicium venit*), 2º Quanto alla relazione dell'articolo col suo precedente, servire di spiegazione e come completarlo, dichiarando che la divisibilità si fonda nella natura distinta dei capi di domanda, comunque procedano da una origine comune, non mai nel numero delle persone, che non impedisce di considerare come *unica res* l'oggetto in contesa a regolare la competenza.

Articolo 75.

Nelle controversie per sequestro o pignoramento il valore della causa si determina:

1º Dal credito per cui si procede a questi atti, se si contenda intorno al diritto del sequestrante o pignorante, o intorno alle forme della procedura;

2º Dal valore degli oggetti controversi se un terzo pretenda rivendicare in tutto o in parte le cose pignorate o sequestrate;

3º Dal valore separato di ciascuno dei crediti controversi e concorrenti, se si contenda sulla distribuzione del prezzo.

Annotazioni.

1 Generalmente e in punto di vista complessivo, può dirsi che la norma di valore è assunta dall'oggetto speciale sì del procedimento esecutivo che delle quistioni che insorgono intorno ad esso; e poichè molteplici interessi possono presentarsi in relazione alle cose sulle quali cade la esecuzione, e terzi comparire esplicando rapporti di diritto di varia e distinta natura, perciò la legge ha dovuto formarsi criteri relativi di valore, attinti dall'oggetto specifico della contesa. L'articolo 35 del Codice sardo, uguale al presente, ha fatto le sue prove nei giudizi, e la sua esattezza ha avuto la conferma della pratica

2. La *relazione di causa*, che ha la precedenza sopra ogni altra, è quella del credito

per cui si procede al pignoramento o sequestro relazione necessaria, mentre ogni altra è accidentale. Per essa adunque si determina la competenza del procedimento esecutivo, e non dalla importanza del titolo che il creditore può possedere superiore a quello del credito che intende realizzare, e non dalla giurisdizione, dalla quale emanò. Se un tribunale pronunziò a favore di Tizio sentenza per un valore di diecimila lire, ed egli procede al sequestro o pignoramento per solo mille, sub entra la competenza del pretore. Nel giro di questa medesima relazione, ossia nello stesso dato di valore, sono le *controversie di forma* che non ne hanno uno proprio, e che per natura loro lo ricevono dalla controversia principale.

3. Il sorgere di un terzo a rivendicare in tutto o in parte gli oggetti pignorati o sequestrati, produce un rapporto giuridico affatto diverso. l'*azione personale* che verteva fra creditore e debitore nel fatto esecutivo, che supponeva la *persecutio rei* dello stesso debitore, ora è mutato: l'*azione reale*, che viene ad introdursi secondo i principii generali del diritto, *deduce la ragione ed il valore da quello delle cose*, ciò è dichiarato al n° 2. Se fu oppignorato per un ammontare di lire 10,000, e non si rivendichi che una cosa che ne val 1000, la contesa circoscritta a questo valore si sperimenta avanti il giudice minore. Vi è di più. La questione del credito sparisce, e si concentra nel conoscere se il terzo sia veramente proprietario. (Quanto ai *sequestri presso terzi* V. anche per le norme della competenza l'articolo 616).

4. Nei giudizi di graduazione o di contributo torna a misurarsi il valore, non più dal valore della cosa controversa, e neppure dalla somma o dal prezzo da distribuirsi, ma bensì da quello di *ciascuno dei crediti controversi e concorrenti*, onde si formano dei gruppi di questioni distinte. Il principale interesse di questa disposizione riguarda il diritto d'appello, che prende norma dalla *quantità del credito controverso*, laonde, sebbene la sentenza di graduatoria sia nel suo complesso appellabile, potrebbe non essere appellabile quella speciale e relativa al credito controverso.

Articolo 76.

Nelle controversie per prestazione di rendita perpetua, temporanea, o vitalizia, di qualunque denominazione, il valore si desume dalla somma capitale espressa nell'atto della costituzione, se il titolo sia controverso.

Quando non sia espressa la somma capitale, il valore si determina cumulando venti annualità se si tratti di rendita perpetua, e dieci se di rendita vitalizia oppure per tempo indeterminato o determinato, ma non minore di anni dieci, senza distinzione tra le rendite e pensioni costituite sulla vita di una o più persone.

Quando la rendita sia per tempo minore di anni dieci, il valore si determina cumulando le annualità.

Annotazioni.

1. Nelle cause (io sostituirei questa locuzione all'altra *nelle controversie*, che implica alquanto colla condizione *se il titolo sia controverso*), nelle cause, di cui parla l'articolo, bene è stata presa per base di valore la *rendita* anzichè il *capitale*, come portava l'art. 36 del Codice sardo; quantunque il capitale convenuto possa rappresentare il valore. Questa forma ha pure il vantaggio di comprendere ogni natura di prestazione, ogni titolo che vi dà diritto. Quindi si è potuto togliere quella indicazione del *censo*, troppo particolare, che si leggeva in quell'articolo, e colla giunta *di qualunque denominazione*, che in quello mancava, dare alla nozione tutta la capacità di cui era suscettibile, facendo luogo anche al *contratto d'enfiteusi*, sul che nacque allora qualche dubbio (*Comment. del Codice sardo*, vol. 1, p. 1, p. 663). Questo titolo è comparso nel nuovo Codice civ. con tutta la semplicità del concetto moderno, disgiunto dalle imposizioni che già si dissero *naturali*, come dei *laudemi d'ingresso*, dei *laudemi di passaggio*, con cause determinate di devoluzione, lasciando una regolata libertà alle convenzioni delle parti (art. 1556 e seg.). Nell'enfiteusi antiche o *nobili*, che rammentano condizioni politiche o agricole che non sono più, nell'enfiteusi a piccolissimo canone con esuberante partecipazione della proprietà fondiaria dal lato del di-

tettario, avrebbe invero potuto dubitarsi sulla congrua applicazione di questa legge fondata sulla rendita che non rappresenta la vera importanza del diritto, se, sradicate e tolte via tutte le distinzioni fra la vera natura delle enfiteusi anteriori, non si fossero rese redimibili tutte quante con una proporzione uniforme tra il prezzo e la rendita (art. 1564 del Codice civ.). Perciò le enfiteusi, di qualunque forma, rientra senza difficoltà alcuna nella disposizione generalissima di questa legge.

2. Si avrà *controverso il titolo* quando si mette in questione l'esistenza materiale o giuridica del documento che deve formar la prova del diritto, quando si nega in genere il diritto o l'azione, è pure controverso il titolo quando si disputa sulle *condizioni* in forza delle quali si rende o no esigibile, avvegnachè non si attacchi la sostanza del diritto. In generale, a mio avviso, è controverso il titolo anche disputandosi di *modalità*, non limitatamente alle rate richieste (se, per es., scadute o non scadute, e simili) in altri termini, quando è attaccato il modo di essere del titolo stesso benchè nelle sue forme accidentali, imponendo al giudice la necessità di un esame che supera per avventura la sfera della sua competenza.

3. Se la questione non cadesse che *sopra una parte o quota della rendita*, per es., sulla ritenzione del decimo, penso non doversi far ragione che di quella e del capitale proporzionato (Pisanelli, *Comment. al Codice Sardo*, vol. I, p. I, p. 665).

Articolo 77.

Nelle controversie sulla validità o continuazione di una locazione il valore si determina cumulando i fitti, le pigioni, le mercedi, di cui si contende, e gli accessori.

Annotazioni.

1. Il valore di una controversia di locazione è stato sempre di una determinazione difficile. In generale si riteneva molto razionale il distinguere tra quelle che riguardano la *validità*, e quelle che soltanto la *continuazione*; lasciando stare, com'è chiaro, quelle domande pure e semplici che non suscitavano alcuna delle dette controversie, il cui valore è misurato dalla stessa domanda. Alla prima questione si faceva corrispondere un criterio di valore esteso su tutta la importanza dell'affitto; ma rapporto alla seconda si variò. Alcuni codici cumulavano le pensioni che erano ancora da scadere (Codice di Parma, art. 58; di Modena, articolo 37, regolamento romano, § 455, Codice piemontese del 1854, art. 38); quello del 1859 determinava il valore del *cumulo degli anni posti in controversia congiunto col valore degli accessori*.

Il presente articolo pone sulla stessa linea *validità o continuazione*, ma addita alla nostra considerazione quella significantissima frase, *cumulando i fitti, ecc., dei quali si contende*, onde la legge, senza incaricarsi del conto, si spedisce con un concetto largamente comprensivo e generale.

E si può bene con ciò ritornare alle disposizioni precedenti. Se della validità si contende, *tota res*, tutto il complesso delle corrisposte viene in controversia, gli accessori e tutto insomma il contratto. Se di *continuazione*, la contesa non cade sul passato, ma sul presente o sull'avvenire della locazione, se non che potrebbe implicare una sola annualità o più, o anche il rinnovamento totale, onde si pare la grande saggezza di questa legge, che ha voluto mantenersi, come abbiam detto, sulle generali.

2. **Questioni**. — *Se l'articolo sia applicabile alle locazioni di mobili o di opere o industrie.* Credo sia applicabile, comprendendo ogni forma o carattere della locazione. Deve apprezzarsi quella nomenclatura di *fitti, pigioni, mercedi*, che sembra porgersi ad ogni specie. La questione sulla esistenza giuridica della locazione di mobili può involgere, non sempre, ma in certi casi, la questione di proprietà, come qualche giureconsulto ha avvertito, ragione di più onde la competenza sia determinata dall'insieme dei noliti o pigioni. L'effetto potrebb'essere, come io diceva, la proprietà stessa della cosa mobile (il che può avvenire anche di un immobile, giacchè la domanda degli affitti inchiude sempre l'affermazione della proprietà), ma se non si disputa che di locazione, non si dee misurare la competenza che dal soggetto della lite. Suppongo che Tizio domandi a Cajo il nolito di una grande quantità di argenterie, di cui egli fa uso quotidiano in un albergo da lui condotto. La locazione è negata da Cajo per una ragione qualunque, tra queste vi può esser quella di essere proprietario delle argenterie. La proprietà era implicita nella domanda del preteso locatore,

come lo è sempre, ma il carattere dell'azione e l'oggetto della domanda sono semplicemente locatizi: onde non si saprebbe perchè la competenza dovesse desumersi dal valore stesso degli argenti, che potrebb'essere di molto maggiore, in quella guisa che si trattasse di una azione vindicatoria.

3. *Degli accessorii e della loro natura.*

Ho detto che se è questione di *validità*, tutto il contenuto del contratto viene in considerazione per formare il valore. Supposta la locazione di nove anni, si cumulano le pensioni dei nove anni scadute o da scadere. Accessorii, che fanno aumento di valore, sono le prestazioni ulteriori, quelle per esempio che vengono in natura oltre le corrisposte in danaro.

Questo calcolo della competenza, quando si tratta di una locazione impugnata, eccita delle curiose osservazioni. Se per esempio la locazione apparente è di tre anni, e la pensione annua è di lire 500, la causa è contenuta nella giurisdizione del pretore. Così, a base della competenza si prende l'elemento in controversia, il che è molto singolare. Facciamo un caso diverso: supponiamo l'annua apparente pensione di lire 300. L'attore che impugna il contratto, previa la dichiarazione della nullità di esso, domanda per quei tre anni già trascorsi la somma di lire 1800. È chiaro che la competenza non appartiene più al pretore; cosicchè la regola del *cumulo delle pensioni* cede all'altra *che il valore della causa si determina dalla domanda.*

E così la logica è soddisfatta, poichè l'accessorio *sapit naturam principalis*, e non può considerarsi accessorio (quasi antitesi a domanda principale) il contratto d'affitto che si nega e si vuol nullo, tutto ciò che viene in surrogazione del titolo impugnato e negato. Si comincia dunque dal ritenere esistente la locazione, della cui validità si disputa, all'effetto puro e semplice del valore della lite, ma ove si proponga una domanda di compenso di frutti proporzionata al reddito reale, che superi nel suo complesso la competenza pretoriale; o una domanda anche generica *di danni anteriori*, diventa un *complesso* che, senza più distinzione *fra principale ed accessorio*, determina la competenza superiore.

Ma pongasi una terza ipotesi. La locazione è di tre anni: corrisposta annue lire 300. L'attore nega la validità; si contenta però di quella somma *loco fructuum*, ma per causa di danni sofferti per non aver potuto servirsi del fondo, domanda lire 600 (1). Neppure in simil caso, per esser esatto, si dirà che questa somma rappresenta un accessorio del prezzo della locazione: si dirà piuttosto che sono due capi di domanda (nullità della locazione e pagamento di lire 600), i quali sviluppandosi dalla stessa azione devono cumularsi, secondo la norma dell'articolo 73; e riuniti, rappresentano il valore da cui si misura la competenza.

Articolo 78.

Nei casi indicati nei due articoli precedenti, o in altri simili casi, se la prestazione debba farsi in derrate, il valore non determinato dal titolo è dichiarato dall'attore.

Se l'attore non faccia la dichiarazione, o il convenuto non l'accetti, il valore si desume dai prezzi medii del mercato più vicino al luogo della prestazione.

Articolo 79.

Nelle controversie sulla proprietà dei beni immobili il valore della causa si determina moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato.

Se la controversia cade sull'usufrutto o sulla proprietà nuda, il valore si determina moltiplicando il tributo per cinquanta.

Se la controversia cada sopra una servitù prediale il valore si determina da quello del fondo serviente.

Se la controversia cada sul regolamento dei confini, il valore si determina da quello della parte di proprietà controversa

(1) Altrimenti avrebbe potuto venderlo con un guadagno valutato in questa somma.

Quando il valore dell'immobile non si possa determinare dal tributo, la causa si considera di valore eccedente lire millecinquecento.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Per arrivare alle conclusioni così perentorie che l'articolo disegna, la legislazione passò attraverso a tentativi dubbi ed oscillazioni d'ogni maniera, la esperienza e la critica diranno se questo sia il miglior sistema.

Partendo dalla legislazione francese del 1790, a non parlare dell'antica che rimonta al 1531, varie furono le norme a cui la legge si appigliò per determinare il valore dell'immobile. Adottando il criterio della rendita, fu contenta si desumesse o dalla naturale o dalla convenzionale, se ci fosse un affittanza, o dalla valutazione concorde delle parti. Quando si pensò la riforma della procedura che fu poi eseguita con si meschini risultati nel 1838, vi fu chi combattendo quelle basi, preferiva il tributo prediale, anche ad ovviare i pericoli delle troppo frequenti determinazioni di valore che favoriscono così di soverchio le appellazioni, ma la Legge 11 aprile 1838 non fece che sancire gli antichi principii. La Legge belga del 25 maggio 1841 accettò, ma soltanto come secondaria, la base della contribuzione fondiaria, e allora che il valore del fondo non potesse definirsi dalla norma dell'affitto. I Codici dei vari Stati italiani andarono in diversi criteri, fermiamoci alla legislazione sarda. L'editto ipotecario del 16 luglio 1822 dettava sulla valutazione degli immobili, nell'art. 27, una regola che non rifiutava verun modo di dimostrazione, e non ne prediligeva alcuno. Ma *per accertarne il valore, doveasi avere riguardo al reddito determinato dal tributo prediale, e risultante dagli affittamenti fatti in epoca non sospetta, o dalle perizie eseguite in tempo prossimo, e dalle opportune informazioni.* Vero è per altro, e conviensi notarlo, che ivi si trattava di *riduzione di ipoteche*, per conseguenza si avea bisogno non di un valore *normale*, ma reale. Con tutto ciò quando si fu a scrivere la procedura del 1854, lo stesso ecclettismo dominò presso quei legislatori e fu buono il dimostrare il valore tanto *per titoli*, che *per prova di tributo* o *per perizie*, e finalmente *per valutazione della parte attrice* (art. 40, 41, 42, 43). Questione quindi nasceva sulla qualità del titolo e sulla sua virtù dimostrativa, questione sulle perizie, perdita di tempo nel formarle, inconveniente di fare una lite preparatoria forse più grave della lite principale. L'art. 39 del Codice di procedura civile del 1859 non ci portò nulla di meglio, e ora finalmente è venuta, spinta da un vero bisogno, la presente riforma. Essa ha il vantaggio di presentare una norma unica e un metodo semplice.

2. La servitù prediale è un'*affezione del fondo serviente*. L'art. 39 riuniva, per formare il valore della causa la *metà del valore del fondo dominante alla metà del valore del fondo serviente*, certo in considerazione dei rapporti che in opposto senso mantiene la servitù verso ambedue. Il valore della causa non si desume mai dal soggetto attivo della lite, ma bensì dal soggetto passivo, ossia dal proprio oggetto.

3. La valutazione del fondo *per consenso*, che è un cattivo modo di far dipendere la giurisdizione *reale* da arbitrii personali, in uso presso i francesi, non ha più influenza, il meglio era, come si è fatto, ritenere indeterminato il valore, e quindi superiore alle lire 1500, ove i mezzi legali della prova mancassero.

Avvertenza.

Come il giudice minore debba aver conoscenza del valore della cosa controversa, indipendentemente dall'adesione delle parti litiganti.

Crederei di averne dato cenno sufficiente nell'ultima annotazione comunque brevissima. Nondimeno una ragguardevole decisione della Corte suprema di Torino m'impone qualche altra parola sull'argomento. Sentenza del marzo 1861, relatore Valperga. *Monitore dei Tribunali*, pag. 397.

« In qualunque giudizio, dice quell'eminente « consesso, la prima questione che viene necessariamente in campo è quella di competenza, la prima indagine a farsi è quella « di riconoscere se il giudice innanzi a cui fu « portata la causa, abbia giurisdizione a statuire in essa. »

Questo avvertimento è diretto specialmente ai giudici minori, la cui giurisdizione limitata in ordine al valore, ha bisogno di un dato positivo di partenza, non potendo restare nel dubbio, laddove il dubbio della quantità non è nemmeno compatibile coll'esercizio della giurisdizione che non riconosce alcun limite.

Fra cose mobili ed immobili quale oggetto del giudizio, somma è la differenza. L'art. 80 presume, quanto alle cose mobili, la competenza, e in sostanza ne definisce il giudizio alle parti; nelle cose immobili si tenne forte

mente al rigore. La legge stessa si è incaricata di dettar norme che deduce dalla pura realtà delle cose, rifiutando perciò ogni diverso modo di giudizio.

Il criterio unico di valore dal quale s'informa tutto l'articolo 79, è *il tributo diretto verso lo Stato*. L'applicazione è diversa nei vari aspetti della proprietà che ivi si contemplano, ma la base è sempre quella. In una questione di regolamento di confini, che tante volte cadrà su pochi metri di terra, il tributo dovrà frazionarsi in una discreta e congrua proporzione; ma infine è sempre il tributo. Se manca questo dato, il valore è senz'altro ritenuto superiore a lire 1500. Così furono sciolte felicemente, a mio avviso, le antiche difficoltà su questo criterio di competenza, e con quale discussione di principii, può vedersi nel processo verbale della commissione parlamentare, num. 20.

Di fronte alla regola stabilita dall'art. 79, non ammetterei altre prove di genere deduttivo quando proprio la dimostrazione non fosse evidentissima. Se risultasse da documenti certi che il fondo intorno al quale si disputa ha una superficie così ristretta che non potrà mai sorpassare la misura legale della competenza, non sarà poi lecito di abbondare in rigore. D'altra parte è nello spirito della legge che non si faccia uso di perizie, o si faccia il meno possibile: essendo stata questa una delle ragioni che ha determinato ad accettare, come unica norma, il tributo. Uno dei pochi casi in cui potrà ammettersi la perizia, sarà per rilevare la proporzione del tributo nelle frazioni, come sarebbe quella sulla quale verte la controversia del confine, quando il giudice trovi di aver bisogno di esser aiutato nel calcolo da un uomo dell'arte.

Nelle questioni di servitù resta sempre a vedere che s'intende per *fondo serviente*, ossia fin dove si estenda il fondo serviente; se il corpo affetto alla servitù sia quello soltanto che viene percosso dall'esercizio della servitù, come quella pezza di terra sulla quale si transita, e non sia estensibile a quel totale che si chiama possessione o tenimento: e come il corpo direttamente colpito sia materialmente separato da altri. Combinazione che non manca di difficoltà, specialmente nei fondi urbani che più o meno presentano un aspetto individuo. Allora è probabile che possa e debba impiegarsi l'opera del perito.

Articolo 80.

Nelle controversie relative a beni mobili il valore della causa è determinato dall'attore nella domanda.

Se l'attore non lo determini, si presume che il valore sia di competenza dell'autorità giudiziaria adita.

Il convenuto nella prima risposta può impugnare il valore dichiarato o presunto come sopra. In questo caso il giudice decide, allo stato degli atti, se il valore della causa sia nei limiti della sua competenza.

Annotazioni.

1 Richiama la nostra attenzione l'espressione usata dal legislatore, *nelle controversie relative a beni mobili*. Nel Codice del 1854 (art. 30), e del 1859 (art. 40), non si pensò che alla *azione rivendicatoria*, onde si dubitava se comprendesse l'azione del pegno. Intanto è la *domanda dell'attore che determina il valore*, il quale proposto può intendersi in due modi: o in quanto l'attore esprime, allo scopo della competenza, il valore da lui attribuito alla cosa, ancorchè non domandi alcuna somma, ma la cosa soltanto: o in quanto domandi una somma dovutagli sul mobile (per es. lire 1000 con diritto di pegno, e allora la domanda è pecuniaria e la competenza è dichiarata), oppure i danni e interessi a surrogato della cosa mobile e quali rappresentanti il valore di quella. Egli ha pure un altro modo di significare il valore: è la specie di giurisdizione che egli elegge. Sicchè portandosi alla giurisdizione superiore egli avrà detto abbastanza chiaramente che il mobile vale più di lire 1500, il che non gl'impedisce di fare in seguito una riduzione. Ma egli potrebbe essere indotto ad esagerare dal proprio interesse, sia per conseguire maggiori vantaggi, sia a procacciarsi il diritto di appellare. Il silenzio del convenuto vale acquiescenza: ecco ciò che si pone nell'ultimo capoverso.

2 *Avrebbe il giudice facoltà di non attendere alle dichiarazioni delle parti*, ove il valsente dell'oggetto in contesa gli sembrasse ben

altro, o fosse convinto di una collusione? I glossografi francesi, tra i quali Henrion de Pensey, scrittore di grande autorità, non ammettono questa uscita del giudice; meno si potrebbe ammettere da noi con un testo così chiaro. La collusione potrebbe ben anco verificarsi ma *de raro contingentibus* non può tener conto una legge di competenza che deve procedere con norme generali, ed anche adottare le più semplici e precise.

3. Il valore *può essere impugnato dal convenuto*, ed ecco inevitabile la questione preliminare del valore, che è la questione della competenza. Per quanto la legge si sforzi ed affetti semplicità anche in questo caso, non si vede qual mezzo di prova possa escludersi, o di stima, o di testimoni, o di giuramenti, ecc. Una sola cosa giustifica tutto questo movimento, ed è che, mentre si ricerca il valore all'effetto della competenza, si preparano altresì materiali utili al giudizio. Di fatti una tale controversia non si vedrà sorgere che nel caso in cui l'attore avesse adita la giurisdizione superiore il limite della competenza è pel convenuto il limite del suo debito, lasciata da parte la questione dell'appellabilità, che può essere di reciproco vantaggio. Se non m'inganno, la nuova legge ha voluto con ciò risolvere una questione che nasceva dal Codice sardo, ov'era dichiarato *l'accettazione della competenza per parte del convenuto non toglie ad esso il diritto di far constatare il valor vero pel caso d'impedita restituzione;* disposizione interamente soppressa. Perciò si diede al convenuto il diritto d'impugnare il valore dichiarato dall'attore.

Articolo 81.

Le controversie di stato, di tutela, di diritti onorifici, e altre di valore indeterminabile, si considerano di valore eccedente lire millecinquecento.

Annotazioni.

Cause di *valore indeterminabile* sono quelle il cui oggetto non ha un valore economico corrispondente, ed allora è la natura stessa delle cose che ci costringe ad abbandonare ogni tentativo di stima, a meno che, filosofando con Melchiorre Gioia, non si voglia ridurre ogni cosa, e persino le gioie e i dolori, a computo di soldi e danari. Sono insomma le cose *incapaci di valutazione* ciò dice l'articolo. Specificarle non è facile. Il § 449 del Regolamento legislativo e giudiziario dello Stato romano, che fu certo uno dei migliori, vi si era molto appressato nelle seguenti categorie 1° *Le cause relative a diritti onorifici, dignità, prerogative, preminenze, giurisdizioni, privilegi,* 2° *Quelle che riguardano filiazioni, adozioni, interdizioni, tutele, curatele, e generalmente tutte le cause concernenti in qualche modo lo stato delle persone.* Si può domandare se i beni e diritti *dichiarati inalienabili da qualche legge positiva* siano da porsi nella classe di quelli che *sono di valore indeterminabile.* La inalienabilità può essere assoluta o relativa. Assoluta quella, per esempio, dei beni demaniali, relativa quella dei beni dotali, o di altri, alla cui alienazione sono imposte certe condizioni. Ma fosse pure assoluto il divieto di alienare, non ne viene che essi siano di *valore indeterminabile* La questione rivendicatoria mettendo in dubbio la stessa inalienabilità, obbliga a stabilire la misura della competenza, la quale, in difetto del dato legale del tributo, sarebbe ritenuta della maggior entità, non in forza del presente articolo, ma della disposizione già osservata dell'art. 79.

Articolo 82.

Sono di competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa, purchè proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine:

1° Le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani o rustici, alle siepi, chiudende, piante o ai frutti;

2° Le azioni possessorie;

3° Le azioni di danno temuto e denunzia di nuova opera, in conformità degli articoli 698 e 699 del Codice civile;

4° Le azioni dirette ad ottenere l'osservanza delle distanze stabilite dalla

legge o dai regolamenti o dagli usi locali riguardo al piantamento di alberi o di siepi ;

5° Le azioni di sfratto per locazione finita, salvo il disposto dell'articolo 70

Annotazioni.

1. **Le azioni possessorie.** — È implicito e necessario il richiamo delle nozioni stabilite nel Codice civile. Le azioni possessorie all'uso moderno si contengono negli articoli 694 e 695. Ridotte a due classi, la *manutenzione* e la *reintegrazione*, assorbono tutte le gradazioni che, dagl'interdetti dell'epoca romana ai rimedi per le spogliazioni specialmente del diritto canonico, ebbe importanza sino a ieri nei paesi del diritto romano, le dispute varie e sottili sul possesso *plenario*, *sommario* e *sommarissimo* non esistono più. Queste ultime azioni, o piuttosto modi e forme delle azioni medesime, solevano anche chiamarsi di *possesso semplice* o *momentaneo* (Regolamento romano del 10 novembre 1834, § 532). Per altro le cause che riguardavano questioni di *possesso plenario* (aggiungi l'articolo 565 del Codice di procedura toscano) erano tolte alla minore competenza, e di fatti il *possesso plenario* rappresentava una vera e proficua condizione giuridica, comunque facesse astrazione dal titolo e dalla proprietà, fornito dei requisiti opportuni, partoriva la usucapione, ed era scala ed avviamento alla proprietà, di cui qualche volta faceva le veci. Le azioni che possono derivare da un simile stato di cose non hanno preso di poi il nome di *azioni possessorie*, riservato a quei giudizi che sono contenuti negli articoli suocitati del Codice civile, perciò vi è in questa nomenclatura tutta la semplicità desiderabile.

2. Le azioni possessorie, qualunque sia il loro oggetto e il loro interesse, sono affidate al giudice inferiore, perchè locale, perchè si governa con una procedura facile e spedita, perchè più pronto a provvedere. Che i più gravi problemi della giurisprudenza vengano così a presentarsi alla sua soluzione, la storia del fôro lo narra, contandone gli errori. Additare e sciogliere quei problemi non può una nota, che appena ha spazio che basti ad avvertire le sintesi principali, cómpito che appartiene piuttosto a chi illustra il Codice civile. Porremo soltanto alcune regole, che possono essere norma a chi è per intentare un'azione possessoria avanti il pretore, in coerenza ai detti articoli 694 e 695, ed al 686 del Codice civile.

a) *Possesso di oltre un anno.* Il possessore può congiungere al proprio il possesso del suo autore, semprechè anche quello sia manutenibile (Leg. 13, Dig. de adquir. vel am. poss.).

b) L'usufruttuario congiunge al suo il possesso del precedente proprietario (*usufrutto causale*), e benchè sia alquanto controverso, è nostro avviso che il proprietario, subentrando al possesso dell'usufruttuario, lo continui sì per l'effetto della prescrizione che della manutenzione.

c) L'attore che ha giudizialmente ottenuto il possesso del fondo continua in faccia ai terzi, per l'effetto almeno della manutenzione, il possesso del convenuto, al quale storicamente succede (Cujaccio, *Recit.* alla Leg. 13, § 8, Dig. de adquir. vel amitt. possess.; Brunnemann, alla detta Legge; Behmo, num. 2 2; Sclopis, *Commentario del Codice sardo*, vol. I, part. II, pag. 425).

d) Il possesso annale dev'essere *continuo*. La citazione avanti giudice incompetente, sebbene atta ad interrompere la prescrizione (articolo 2125 del Codice civile), per un'opinione che noi crediamo preferibile, non interrompe il possesso all'effetto della manutenzione.

e) *Possesso pubblico* (articolo 686 del Codice civile) a vista di tutti, e quindi presuntivamente noto allo stesso proprietario. Non nuoce la clandestinità iniziale del possesso, susseguita da un anno di possesso pubblico, mentre nuoce, secondo noi crediamo, l'intermedia clandestinità di un possesso cominciato alla luce del sole.

f) Il *possesso è pacifico*, e tale dura, nonostante la violenza che lo ha turbato. *Qui per vim possessionem retinuerit, Labeo ait eum non possidere* (L. 1, § 28, de vi et de vi arm.).

g) L'art. 686 del nuovo Codice civile alla dizione *non a titolo precario* (articolo 445 del Codice albertino) surroga *con animo di tenere la cosa come propria*. L'art. 688 esclude da questa condizione dell'animo gli *atti meramente facoltativi e di semplice tolleranza*, quegli atti che noi facciamo per concessione altrui, perchè ci sono lasciati fare, riconoscendo noi questo stato di dipendenza.

h) *Possesso non equivoco*, che può spiegarsi in più guise, con animo di proprietario o senza, questione dipendente dalle circostanze di fatto, e secondo prepondera o no l'elemento della buona coscienza del giudicabile.

i) *Carattere della molestia.* Il ladro non infierisce una molestia di questo genere, ben

chè ne inferisca una peggiore. *Molestia* è la negazione del possesso con intenzione e uso di mezzi a ciò relativi.

l) *Molestie di fatto e molestie di diritto.* La prima reca un danno materiale, la molestia di diritto è quella derivata da atti giudiziali o stragiudiziali che mettono in questione il diritto di possesso, e che hanno questo indirizzo e scopo. Non è tale quella opposizione di diritto che si porge come eccezione e difesa per ripulsare un'azione o pretesa contraria.

m) Non soggiacciono a questa legge i beni per loro destinazione pubblici e inalienabili, compresivi le strade comunali e loro accessorii. Il lido del mare, le spiagge, i porti, quei beni che sono indicati negli articoli 427, 428 e 429 del Codice civile. Quanto agli alvei, relitti dei fiumi, isole, terreni d'alluvione, ecc., V. art. 453 al 461 dello stesso Codice.

n) *Possessorie in materia d'acque* (V. articolo 536 e seg. del Codice civile, tit. de aq. et aq. pluv. arc., Instit. de servitut. prædior., tit. comm. prædior., Cepolla e Pecchio, *De servitut.*). Il proprietario del fondo superiore reca molestia all'*inferiore* e provoca contro di sè l'azione possessoria, facendogli più grave la servitù o cangiando la coltivazione del proprio fondo, o in altro modo qualunque. A rigore è l'azione del danno che compete al possessore inferiore, mentre al superiore che ha il possesso di mandar giù le acque, o in tutto o in parte impedito per fatto dell'inferiore, per fatto non naturale, esercita l'azione possessoria.

o) Sull'uso della sorgente V. l'art. 540 del Codice civile. Non esiste una vera relazione giuridica naturale, causa di azione possessoria, tra il proprietario del fondo superiore e il proprietario del fondo onde sbocca la sorgente, laonde il primo agendo senza dolo e nel suo proprio interesse, può anche fare opere nel proprio fondo tali da indebolire o anche sopprimere la stessa sorgente. Il possesso manutenibile dell'inferiore è quello che è giustificato da un titolo o dalla prescrizione (articolo 541 del Codice civile).

p) Le acque *irrigatorie* sogliono distribuirsi in forza d'un regolamento ad ore determinate, e l'utente ha per tale spazio di tempo un vero possesso manutenibile. Le acque *scolatizie* sono a colui che se ne può servire il primo, e non generano azione di possesso, che nessuno propriamente ha. Le acque *piovane* si considerano *res nullius*, ma cadendo in fondo privato vengono in podestà del proprietario.

q) Dalle servitù urbane si svolgono azioni possessorie, moltiplici, svariatissime, che non possiamo neppure accennare. Il Codice civile descrive coteste relazioni di diritto con grandissima cura nel capo II del tit. III, lib. II.

2. La seconda forma dell'azione possessoria è quella di *reintegrazione* (art. 695 del Codice civile). Tuttochè gli effetti, in quanto cioè il possesso realmente sia molestato o tolto, sono le cause e i modi che distinguono le due forme dell'azione, e dove il turbamento o spoglio derivi da fatto violento od occulto, la reintegrazione si opera senza che sia d'uopo appoggiarsi in un possesso giuridico. È nell'interesse dell'ordine pubblico che la violenza e la insidia, veri delitti, non modifichino il diritto in veruna guisa, ma siano immediatamente repressi, e ogni loro traccia distrutta. Nei titoli del Digesto *quod vi aut clam* possono riscontrarsi le distinzioni più acute fra quei due modi, ugualmente riprovevoli, di usurpare gli altrui possessi.

3. Le varie determinazioni nelle quali si divide quest'articolo, tanto complesso, si armonizzano in uno scopo comune, di porgere rimedio pronto e risoluto contro le turbazioni che noi soffriamo per altrui fatto arbitrario ed illegittimo nel modo di possedere e godere le cose nostre. Ognuno di codesti fatti non ci priva intero del possesso, cosa della disponibilità, quindi è che accennando il n° 2 alle azioni *possessorie*, esclude che le altre, per sempre conservatorie e interdittali, abbiano lo stesso carattere specifico ma infine se non si tratta sempre di perdere il possesso, o se ne modifica la fruizione, o si minaccia nella sua estensione o nella sua durata. Di questa classe sono il *danno temuto* (*damnum infectum*) e la *denuncia della nuova opera*.

Un mutamento, degnissimo di nota, è avvenuto nella collocazione metodica di codeste due azioni, le quali poste nel Codice albertino sotto la rubrica *dei delitti e quasi delitti*, ora è passato a quella *del possesso*. Il mutamento addita un nuovo modo e più logico di concepirne le relazioni coi principii del diritto. Non altrimenti furono intese dalla sapiente antichità. L'avere disgiunti quei fatti dalla loro famiglia naturale per rassegnarli a quell'ordine di fatti nocivi, che, non avendo speciali caratteristiche, si enunciano sotto una determinazione generale, accusa l'imperfetta nozione ch'ebbero di codesti rimedi i precedenti legislatori. Tali rimedi hanno pertanto un carattere determinato, onde si coordinano ad un sistema di cui fan parte, e attraverso i secoli mantengono la impronta incancellabile della loro natura.

L'idea specialmente della *novi operis nunciatio*, interdetto con tanta cura distinto nel diritto romano, si era confusa, valenti giureconsulti francesi più non sapevano trovarvi l'indole possessoria che lo distingue nell'epoca classica, riconosciuta dalle leggi anteriori, dappoichè nè il Codice civile, nè la procedura ne facevano menzione, onde si crede ad una deroga. Così pensava con altri il Carré, nel trattato *De l'organisation et de la compétence*, la opposizione contro la nuova opera da altri arbitrata sarebbe stata materia di un incidente, di un giudizio di merito nel quale il giudice avrebbe potuto prendere dei provvedimenti (Carré, Trattato cit., t. III, p. 340 e seg.). È giusto il ricordare che Merlin ed Henrion de Pansey restarono fedeli ai veri principii. Il Troplong (*De la prescription*, n. 313 e segg.) ha censurato quegli scrittori, ed ha sostenuto che una tale azione *non è essenzialmente possessoria*, potendo anche partire da un diritto di proprietà. Mi rimetto ai luoghi citati onde vedervi le ragioni svolte dall'illustre autore. Il dire però che questa azione ha un'*indole possessoria*, non equivale al dire ch'essa *è essenzialmente possessoria*. Bene osservò il non meno illustre Pisanelli nel *Commentario del Codice sardo*, vol. I, p. 2, pag. 253, ch'essa è più che altro *una misura straordinaria che può appoggiarsi indistintamente alle ragioni di possesso e a quelle di proprietà*. E noi stessi abbiamo detto in qualche altra nota, che del non essere questa un'azione propriamente possessoria tenne conto la legge nostra colla separazione dei numeri 2 e 3 del presente articolo. Ma qui potrebbe insinuarsi un grave e pericoloso equivoco. E sarebbe se alcuno credesse potersi avanti il pretore formar una questione di titoli e di proprietà. Qualunque sia la causa del possedere, l'*attualità del possesso è sempre la base dell'azione*: una base di fatto. Nessuno deve innovare nel suo possesso, onde al possessore è dato il rimedio sì di impedire l'opera futura, sì del ristaurare il guasto che proviene dalla passata opera, purchè l'opera stessa non sia già condotta a compimento. Che è mai la conclusione del Troplong? Quella che vide anche l'Hubertus, potersi *quoque petitorie agere*. Ma se, abbandonata la via possessoria, si agisce in petitorio per trattarvi una questione di proprietà, *actum est de pretore*: al nostro pretore, pusillo nella sua giurisdizione a differenza dell'antico, più non apparterrebbe una tale questione. Intorno ai provvedimenti reggonsi gli articoli 938 e seg.

Osservazione speciale.

Sul num. 3°.

La denuncia di nuova opera è una nozione mista di più elementi non facili a determinarsi. Nel frattanto io mantengo le idee esposte nelle superiori annotazioni, ma vi darò qualche ulteriore sviluppo esaminando gli articoli 938 e 939.

Sul num. 4°.

L'oggetto della domanda è così chiaramente esposto nel testo, che io ne tacqui nella prima edizione per non offuscare colle mie parole quella chiarezza, ma la pratica è venuta a mostrarmi che questioni può farsi.

È questa fra le azioni d'indole possessoria il cui giudizio, senza riguardo al valore della lite, appartiene al pretore, atteso il beneficio che deriva dall'applicazione di una giustizia semplice e spedita in una materia decisa dalla evidenza del fatto.

La osservanza delle distanze stabilite dalla legge, ecc., ecco il fondamento dell'azione, ecco il subbietto della lite. Da una parte la legge (articoli 579, 580 del Codice civile) e i regolamenti locali danno la norma della distanza, dall'altra il perito esamina la verità del fatto. La conclusione è semplice. Se la distanza non è stata osservata, il giudice ordina che le piantagioni siano svelte dal suolo: la rimozione dell'ostacolo materiale che costituisce la condizione d'illegalità, la restituzione a quella integrità che non doveva mai esser turbata, è la conseguenza del giudizio: e la conseguenza è sempre compresa nel giudizio stesso, esplicando l'imperium annesso alla giurisdizione, senza il quale non avrebbe efficacia.

Ho detto quale sia la materia pura e semplice da proporsi al pretore per mantenersi negli angusti termini prescritti da questa legge, e con ciò ho voluto significare, che questa sola deve esser la base del giudizio, e non sarei rigoroso nella formola quando non si restringesse il giudice ad estendersi in altre questioni. Se le piante sorgono ad una distanza minore di quella che è stabilita dalla legge, preso per punto di partenza il confine della mia proprietà, posso invocare la disposizione dell'articolo 581, e chiedere senz'altro che le piante, gli alberi, le siepi siano *estirpate*, cioè distrutte fino alla radice: io sono nel mio diritto, e il giudice è nei limiti della sua competenza.

Come ogni altro giudizio la cui competenza è determinata dal bisogno istantaneo, il riordinamento materiale lascia intatte le ragioni di fondo, per così chiamarle, costituendo nondimeno una cosa giudicata nella parte decisa. È stabilito che la legge delle distanze era stata violata, ecco tutto. La distanza delle

piantagioni dall'altrui confine è semplicemente un modo del nostro possesso in confronto di quello del vicino, e non involve concetto di proprietà nè di un diritto qualunque che vi si possa anche indirettamente comprendere. Così le relazioni di diritto rimangono intere.

Visto quello che è il giudizio *delle distanze*, sarebbe più lungo il dire quello che non è, ma in effetto tutto quello che non è, sebbene possa avervi una certa affinità o somiglianza, eccede la competenza attribuita al pretore dal num. 4° dell'articolo 82 (1).

Ciò che nell'ordine negativo ci appare subitamente, egli è, che tale questione non può confondersi con quella *finium regundorum*, di cui Paolo ci dà la nozione nel frammento 1 del titolo *finium regundorum* « finium regundorum actio in *personam est, licet pro vindicatione rei sit* ». L'azione è personale in *eo quod de tuo fit meum*, in causa della restituzione dei frutti. Ma riveste eziandio un carattere reale. Stando l'obbiettiva nel *restituendo res*, ne segue che l'azione consideravasi *mista*. Nel nostro sistema noi non consideriamo che l'elemento vindicatorio connaturale a questa azione. Il riordinamento dei confini, sotto questo aspetto, è una vera aggiudicazione di territorio. « De modo agrorum « arbitri dantur, et is, qui majorem locum in « territorio habere dicitur, caeteris qui mino- « rem locum possident, *integrum locum adsi- « gnare compellitur* » (Leg. 7 Dig. finium regund.).

La misurazione delle distanze in cui sono tenuti dal confine della prossima proprietà le piantagioni, le macerie, i muri, i pozzi, i sepolcri, era ed è ancora argomento che influisce nella delimitazione dell'area e del campo (Legge di Solone, inserita nel frammento XIII, Dig. finium regund.). Ma la somma differenza fra l'azione per regolamento di distanza da quella dei confini consiste in questo, che la prima è una pura e semplice applicazione di un ordinamento legislativo che prescinde da qualunque idea di proprietà, e non concerne che una modalità del possesso, laddove l'altra inchiude eminentemente il concetto della proprietà, o almeno di un possesso plenario, che ne è la espressione nell'aspetto esteriore.

Così la questione pura della distanza viene a compenetrarsi e confondersi con quella della proprietà. Voi dite che nella costruzione delle mie siepi io non ho lasciato interposto lo spazio di un metro, più o meno, a ragguaglio del vostro confine, ma io nego che il vostro confine sia sulla linea a b che vi siete attribuita, io porto il vostro confine più indietro, vi nego quella estensione di superficie, e la controversia sfugge alla disposizione dell'articolo 82, num. 4.

È facile immaginare controversie da sbilanciare una competenza così ristretta. Altro sarebbe se in una questione semplice di distanza regolamentare si fosse introdotta eccezione di prescrizione, la quale tenderebbe a stabilire che la linea evidente del mio confine, quale apparisce da antichi alberi già cresciuti tranquillamente all'ombra di un diritto riconosciuto, è la misura della mia stessa proprietà.

Le quali differenze furono esaminate dalla Corte di cassazione di Firenze in una decisione dell'11 novembre 1867 (*La Legge*, anno 1868, pag. 17), e da quella di Torino nell'altra del 1° luglio 1868 (Ivi, pag. 719), che sottrasse alla competenza pretoriale giudizi che, sotto specie di regolamento di distanze, inchiudevano questione di proprietà, e avevano per oggetto la vindicazione di un terreno più o meno esteso.

È anche a riflettere che il giudizio delle distanze, senza calcolo di valore, attribuito alla competenza pretoriale, è ristretto *al piantamento di alberi e di siepi*, e prescinde da tutte quelle altre determinazioni che riguardano opere manufatte, benchè non si tratti che di misurarne la distanza dall'altrui proprietà, stimandosi più ardua la materia, e più importanti le conseguenze.

Ma anche in vero giudizio di stabilimento di termini il pretore è competente se il valore non eccede L. 1500 misurato alle norme della regola quarta dell'articolo 79.

Sul num. 5° — Azioni di sfratto per locazione finita.

Ho veduto in diverso senso interpretarsi questa novella disposizione, e ho stimato dovere di esprimere la qualunque mia opinione.

Tutto quanto ha carattere di *controversia* sulle locazioni, o riguardi la loro validità o ne riguardi la continuazione, è contenuto nell'articolo 77. Ivi era fondamentale dichiarare il criterio di competenza, e fu dichiarato sopra un calcolo di valore. È competente il pretore, o lo è il tribunale secondo il valore.

Questo semplice riflesso basta a persuadere

(1) Questo rilievo è diretto a mostrare che il pretore potrebbe tuttavia esser competente, dato che la questione di proprietà fosse nella misura pecuniaria assegnatagli, ne toccherò più avanti.

che il giudizio di *sfratto per locazione finita* non ha veruna attinenza con quello che nasce da una controversia di *continuazione*, e quando una simile controversia sorge può non cessare la competenza del pretore, ma senza dubbio cessa l'applicazione del numero 5 dell'articolo 82.

Quello che chiamasi *azione di sfratto* è una domanda che ha per dato di partenza e per condizione il trascorso del tempo assegnato alla durata della locazione, ed ha per iscopo un ordine di espulsione da ottenersi sommariamente dal giudice locale: utilissimo istituto e sempre desiderato nelle procedure in cui mancava, specialmente rapporto agli affitti di fondi urbani per isgombrarne istantaneamente gli inquilini renitenti ed inerti, disposti d'altra parte a giovarsi di tutti i comodi che loro può offrire la lentezza d'un giudizio ordinario. In quei paesi ove quest'ordinamento era ignoto (come nelle provincie ex pontificie) succedeva che gli inquilini colle contumacie e cogli appelli opponessero una specie di resistenza passiva che durava assai tempo. In alcune di quelle città, per alcuni speciali privilegi, il municipio poteva far eseguire regolamenti suoi propri col braccio della polizia, la quale dopo alcuni giorni, dopo un certo intervallo di consuetudine, gettava sul lastrico gl'inquilini e le robe loro, senza alcuna forma di giudizio.

L'azione di *sfratto* non può quindi aver luogo prima che la locazione sia veramente e materialmente finita, e il giudice se ne persuade colla scrittura che gli viene sottoposta. Intanto se occorre di mandare avanti la licenza o disdetta, a questo si adempie, e nulla toglie all'esercizio dell'azione di sfratto se il conduttore non oppone. Facendo opposizione, e temendo il locatore che quando sarà per chiedere la espulsione gli verrà mossa controversia, il locatore medesimo a sua tranquillità e cautela può domandare la conferma della licenza o disdetta e una dichiarazione di diritto, anche prima dello spirare del termine. Egli vuol prevenire una controversia, e intanto la provoca egli stesso: egli stesso invita l'avversario a dedurre le ragioni per cui creda o possa credere che la disdetta sia inefficace; e se altro oggetto avesse la sua domanda, sarebbe precoce. Difatti non si può chiedere un mandato di espulsione o sfratto, perchè il termine non è ancora spirato. Simile istanza entra nel disposto dell'articolo 77, e sfugge a quello dell'articolo 82, num. 5.

Ma se dalla scrittura d'affitto è dimostrato che il tempo è trascorso e si fa luogo allo sfratto, non potrà avanti il pretore sollevarsi ancora la controversia della continuazione? Che farà il giudice in presenza di una tale eccezione? La questione potrà bene presentarsi anche in tale stato di cose, il giudice affermerà la sua competenza quando il complesso delle pensioni non la superi. Non gli sarà tolto neppure di ordinare lo sfratto, se l'opposizione non sia seria, se si mostri evidentemente cavillosa e di mala fede: non è quella propriamente una controversia.

Una sentenza della corte di cassazione sedente in Napoli, del 23 giugno 1869 (*Giurisprudenza italiana*, Bettini-Guarnati, vol. 21, pag. [illegible]), decide che le *domande riconvenzionali* in tema di *azione di sfratto* non sono ammissibili, osservando: « il fittaiuolo che ha « già violato il suo contratto, userebbe di una « garanzia di diritto nel chieder il rimando al « tribunale con volontà più o meno larvata, « relativa a tal somma che supera L. 1500. « Continuerebbe l'illecita occupazione delle « proprietà altrui per lungo tempo, e l'accessorio, qualunque siane la connessione col « principale, renderebbe frustraneo lo speciale provvedimento ».

Vi è molto a dire in massima anche sulla non ammissibilità delle domande riconvenzionali, e il bisogno del tema mi costringe a prolungare la nota.

Contro una semplice e nuda azione di *sfratto* ogni eccezione legittima può essere sollevata, non vi ha azione alcuna di qualità sì privilegiata che possa limitare al convenuto l'esercizio della difesa. E difatti non si può dire la tale eccezione non può essere sollevata perchè tenderebbe a rendere frustraneo un provvedimento legale. L'argomento sarebbe subito ritorto, e si direbbe, basterà dunque promuovere artificiosamente e senza ragione un'azione di sfratto, per ottenere un effetto immediato, respingendo come improponibile qualunque eccezione avversaria che tendesse a ripulsare la domanda o a fare avvertito il giudice della sua incompetenza.

Supponiamo: Tizio affittò la sua casa a Caio per cinque anni: al terzo anno gliela vendè. Tizio passati i cinque anni, dissimulando l'atto di vendita, domanda lo sfratto in forza della scrittura di locazione, ma viene Caio ed oppone la vendita? La questione di sfratto se ne va in fumo; cessa la competenza del pretore.

Il caso è ovvio e la conseguenza innegabile quando non si pretenda che il pretore debba non solo passare avanti ad ogni ragionevole eccezione, ma persino chiuder gli occhi alla evidenza e ordinare lo sfratto senza occuparsi

di nulla, bastandogli una semplice riserva di ragione (1).

Portanto tutte le eccezioni che attaccano il titolo della locazione nella sua sussistenza, o l'esercizio dell'azione come non pertinente a colui che la promosse, o mettono in essere una novazione e via discorrendo, quando abbiano un qualche fondamento apparente, non devono essere rinviate *simpliciter* ad un altro giudizio, pronunciando frattanto l'espulsione, ma il pretore dichiara la propria incompetenza qualora la controversia non possa da lui giudicarsi per ragione di valore colla norma dell'articolo 77.

Che diremo delle istanze *in via di riconvenzione?* (articoli 100, 101). Qui bisogna distinguere. O la eccezione che si deduce in forma di riconvenzione è perentoria di sua natura, o perchè tenda ad annullare il titolo, o ad escludere l'azione *locati*, mostrando che il titolo sul quale si fonda l'attore ha un ben diverso carattere giuridico, ecc., noi siamo precisamente nella teoria sopra indicata. O altro è lo spirito della riconvenzione; solleva, per es., eccezioni che non hanno veruna inferenza colla domanda della espulsione, quale sarebbe una domanda di compensazione, o propone domande che hanno quantità distinta e non implicano nella principale (come appunto nella specie decisa dalla corte suprema di Napoli), il pretore ordina lo sfratto, e riserva le ragioni del convenuto ad altro giudizio.

Articolo 83.

I pretori pronunziano in grado d'appello sulle sentenze dei conciliatori nei casi degli articoli 456, 458 e 459.

Annotazioni.

Alla questione di *competenza* è limitata l'appellabilità dalle decisioni del conciliatore.

Articolo 84.

I tribunali civili conoscono:

1° In prima istanza, di tutte le cause in materia civile, il cui valore ecceda lire millecinquecento, salvo le disposizioni degli articoli 71 primo capoverso e 82, e di tutte le cause in materia di imposte dirette o indirette, qualunque ne sia il valore;

2° In grado di appello, di tutte le cause in materia civile decise in prima istanza dai pretori, o dagli arbitri nei limiti della competenza dei pretori e salvo il disposto dell'articolo 28.

Conoscono pure, con la distinzione indicata nei due numeri precedenti, delle cause in materia commerciale, quando fanno le veci di tribunali di commercio.

Articolo 85.

La competenza dei tribunali di commercio è regolata dal Codice di commercio e dalle leggi relative.

Essi giudicano:

1° In prima istanza, di tutte le cause in materia commerciale, il cui valore ecceda lire millecinquecento;

2° In grado di appello, di tutte le cause in materia commerciale decise in prima istanza dai pretori, o dagli arbitri nei limiti della competenza dei pretori, e salvo il disposto dell'articolo 28.

---

(1) « Lo sfratto potrà esser omologato nel merito « per consolida continuazione della locazione ce « vagliarsi dal medesimo pretore celeremente *ogni « altra indagine che il convenuto voglia innalzare, « come che non possa disciore l'oggetto principale, « devesi riservare ad altro esperimento* [illegible] *di « ragione* » (della decisione).

Articolo 86.

La competenza dei consoli e dei tribunali consolari istituiti fuori del regno secondo le norme del diritto internazionale è regolata da leggi speciali.

I casi e i termini per proporre appello contro le sentenze dei tribunali suddetti, e le corti del regno che dovranno conoscerne, sono determinati dalle leggi medesime.

Articolo 87.

Le corti di appello conoscono di tutte le cause giudicate in prima istanza dai tribunali civili e dai tribunali di commercio, o dagli arbitri nei limiti della competenza di essi tribunali, e salvo il disposto dell'articolo 28.

Articolo 88.

La corte di cassazione conosce dei ricorsi per annullamento delle sentenze, a norma dell'articolo 517.

Articolo 89.

Ogni autorità giudiziaria esercita inoltre quelle attribuzioni che le sono affidate dalla legge.

SEZIONE II.

Della competenza per territorio.

Articolo 90.

L'azione personale e l'azione reale su beni mobili si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza.

Se il convenuto non abbia domicilio o residenza conosciuta, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui esso dimora.

L'azione personale e l'azione reale su beni mobili contro una società si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è la sede dell'amministrazione, o si trova uno degli stabilimenti sociali con un rappresentante della società.

Annotazioni.

1. La divisione del territorio giudiziario ha per punto di partenza l'interesse delle parti giudicabili, che con altre parole si traduce nella più facile, più completa e meno dispendiosa amministrazione della giustizia. Questo è lo scopo generale della *competenza per territorio*. Ma egli è un concetto complesso che ha i suoi fondamenti nell'analisi del *soggetto* e dell'*oggetto* della lite. Il *soggetto* è la persona, ed è sempre l'idea dominante, perchè ad essa e per essa esiste il diritto. Nello stato sociale ordinato e permanente, la persona ha intorno a sè una sfera di attinenze locali, quasi espressione della sua stessa personalità. Ciò dicesi specialmente del domicilio. Questa medesima posizione stabilisce una relazione particolare tra l'individuo e quei magistrati del cui imperio egli sente più direttamente e immediatamente il freno; e che in un mutuo rapporto di bene ordinato governo, e in certo aspetto,

forma uno dei diritti più preziosi del cittadino. Affidandolo al magistrato del domicilio, lo Statuto lo chiama il *giudice naturale*, quasi eletto da ognuno colla scelta del luogo di sua permanenza. La legge giudiziaria si fissa adunque soprattutto in siffatta relazione costituita in un principio fondamentale a lei superiore. Da ciò la direzione della lite: *actor sequitur forum rei*: semplice e profondo dettato, dogma assoluto nell'*azione personale*. Ma nelle azioni *reali* ove il *soggetto* si presenta come occasionale, ove l'*oggetto* (*res*) è principale e finale, si dovrebbe tenere altra norma. Il principio del *forum rei*, che domina l'azione personale, non avendo più la sua applicazione precisa, potrebbe in questo caso modificarsi in servigio della migliore amministrazione della giustizia. E così avviene nell'*azione reale immobiliare*, il giudice che vi siede più presso è in grado di decider meglio la questione, e le parti stesse sono meglio ispirate e informate in quella disputazione sul luogo in cui giace l'oggetto della lite (articolo 93). L'*azione reale mobiliare* è pareggiata alla personale pura, o perchè i mobili si fingano aderenti alla persona, o perchè non hanno luogo certo, o perchè, astrattamente parlando, solamente per la forza attraente del suolo l'immobile determina a se stesso la giurisdizione, la quale forza di attrazione alla natura del mobile non compete.

2. Giova recare nella legge giudiziaria un linguaggio esatto sulla distinzione delle azioni per potersi intender bene, onde nella vastità dei fatti che comprendono non nasca confusione, e non perchè, come or ora si avvertirà, la legge si ordini sulle loro categorie come sullo scacchiere. Perciò, grazie a Dio, esulavano ab aula le azioni miste. È noto come nel regolamento organico francese, così bene commentato dal Carré, e nell'art. 59 del loro Codice di procedura, si mettessero avanti le azioni *miste*, abbandonando la loro definizione alle accapigliate discussioni dei giuristi. Ciò che faceva imbroglio, come non pochi notavano, era la tradizione romana, male intesa e male interpretata, era la dottrina della scuola intorno al § 20, Inst. de action., era anche il mettere a fascio le azioni miste colle personali, in *rem scriptae*: intorno alle quali il Poncet, nel suo bel Trattato *Des actions* (e specialmente tit. II, c. 3), ha fatto delle osservazioni di gran peso. Perchè questa nota non manchi di ciò che è elementare diremo che la nostra opinione è quella del Poncet intorno alle azioni miste, cioè esser quelle nelle quali l'*elemento personale* (l'obbligazione) e *l'elemento reale* (la cosa domandata) si *confondono in guisa che neppure con una astrazione del concetto mentale sia possibile separarle*. I romani che furono acutissimi nell'anatomizzare, per così esprimermi, gli elementi del diritto privato, avevano, nel citato § *de actionibus*, raccolte le combinazioni giuridiche che costituivano le azioni miste (quelle che Cujaccio appellò la *superba quadriga*), e che non potevano in veruna guisa generalizzarsi. Per altro la divisione più netta delle azioni *personali e mobiliari*, *casando reali*, da una parte, e delle *reali immobiliari* dall'altra, pure si faceva strada negli istituti francesi per la legge 11 aprile 1838, come accadde nel Belgio con quella del 25 maggio 1841. Il Codice di procedura piemontese del 1854 nelle sue licenzioni di azioni *puramente* personali, di azioni *puramente* reali immobiliari, fu poco felice, facendo pensare in che cosa tale *purità* dovesse consistere, ma ciò era in qualche modo necessario, perchè anche quel Codice adottò senza spiegarla, la confusa nozione delle azioni *miste*. Il Codice del 1859 soppresse l'aggiunto, ed ora può dirsi che questa parte della legislazione giudiziaria è sistemata con semplicità, esattezza, e insieme con una certa ampiezza che molto conferisce alla comodità dei giudizi.

3. Siccome il *possesso della cosa mobile vale titolo* si opina dai più che non si eserciti mai azione reale mobiliare che *sotto forma di rivendicazione*. Intorno al determinare la natura dell'oggetto mobiliare, la legge ha dettato le sue decisioni nel lib. II, tit. I, cap. 1 e 2 del Codice civile.

4. *Questione sull'azione che concerne una universalità di mobili*. Il silenzio della nostra legge, che nella ipotesi inversa si sarebbe certamente spiegata, ci fa ritenere l'opinione di Merlin, essere il caso contenuto nel concetto dell'azione reale mobiliare (*Répertoire*, v° *Complainte*), malgrado piacesse al Poncet dire che un quid *immobile* vi si riscontri, specialmente quando formi l'*aes haereditarium*, pensiero che fu di molti altri giuristi anteriori. In effetto un aggregato di mobili, o la somma di enti della stessa natura, non può formarne uno dissimile nel complesso, lasciando stare la difficoltà grande, che pure deve aver influito nella mente del legislatore, di promuovere tanti giudizi quanti sono luoghi in cui fosse i mobili giacciono dispersi, o l'altra di provare che siano raccolti in un luogo solo.

5. Quanto riguarda l'ultima parte dell'articolo, mi rimetto alle annotazioni del successivo articolo 90.

Articolo 91.

L'azione personale e l'azione reale su beni mobili si possono anche proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta o deve eseguirsi l'obbligazione, o in cui si trovi la cosa mobile, oggetto dell'azione, purchè il convenuto sia ivi citato in persona propria.

Nelle materie commerciali possono anche proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce, o in cui deve eseguirsi l'obbligazione, sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria.

Annotazioni.

La seconda parte dell'articolo si occupa della competenza territoriale in *materia commerciale*, che per l'interesse del commercio è resa più agevole all'attore, pronunciando una regola applicabile ognorachè si tratti di *azione personale* e di *azione reale mobiliare*. Regola generale, non deve discendere alle specialità, e non è in questa sede che si doveva parlare della forma della competenza nel *fallimento*. E però se ne deduce, che quando dal fallimento, o in occasione di esso, verranno emergendo *azioni personali* o *reali mobiliari*, che non tengano qualità commerciale, reggerà sempre questa regola lasciando alla scienza, ovvero alle particolari disposizioni del Codice di commercio, il determinare a quale delle due giurisdizioni il fatto appartenga. Su questo tema disse il Pardessus che, in materia di fallimenti e in molti casi, « il tribunale (di commercio) decide sopra dei punti d'esecuzione che per diritto comune dovrebbero conoscersi dai tribunali civili. La ragione di ciò si è che *il fallimento non è un oggetto semplice come qualunque contestazione ordinaria*. Un fallimento è un complesso di operazioni, è piuttosto un amministrazione che un processo, la natura delle cose impone di abbandonare dei principj la di cui stretta esecuzione sarebbe pericolosa, poichè si tratta di differente posizione » (Dalloz, *Des faillites*, 1ª traduzione italiana). Dipende adunque dal sapere se l'azione di cui si tratta sia commercialmente involta nel fallimento, o mantenga a fronte di essa un carattere civile.

a) Nel processo della *verificazione dei crediti* possono sollevarsi contestazioni di natura civile (e queste sono quando il credito è civile), e in tal caso il giudice delegato alla verificazione *rimette le parti davanti il pretore o tribunale del luogo in cui è istituito il giudizio di fallimento* (articolo 608 del Codice di commercio). Ciò avviene in relazione a quel prescritto che il giudizio di fallimento si apre o si è già aperto, avanti il tribunale di commercio del luogo in cui *il fallito ha il suo principale stabilimento* ed a quello, che si considera il tribunale del suo domicilio, si portano eziandio le contestazioni dei crediti civili (al pretore o al tribunale, secondo l'importare della somma). *La parte più diligente* cita ivi *il sindaco e il creditore* interessato (art. 610 del Codice di commercio), esercitando una vera azione personale-civile.

b) In generale le questioni civili, in quanto hanno una esistenza propria, senza attinenze o radici nella causa commerciale, ad esempio, di registro, di dogane, ecc. sono portate al civile.

c) Spesso si disputa nei giudizi di fallimento sul valore degli atti fatti in prossimità; è uno stato di cose, in cui o la frode esiste, o volontieri se ne dubita. A qual tribunale si portano siffatte questioni? Ecco la dottrina del Dalloz. « Ma quando è il fallimento, cioè il sindaco del fallimento, che si costituisce attore contro un terzo, attaccando, p. e., degli atti od operazioni del fallito come aventi un carattere fraudolento, può egli, sotto pretesto di economia e di centralità, *citare questo terzo davanti il tribunale del luogo dell'apertura del fallimento?* Noi... abbiamo proposta questa distinzione, o *si tratta di atti ed operazioni anteriori ai dieci giorni che precedono il fallimento*, e siccome sono presunti sinceri sino a prova in contrario, i terzi non devono soffrire per il fatto d'apertura del fallimento che gli è estraneo, e non devono per conseguenza essere distratti dai loro giudici naturali, *o questi atti o operazioni sono posteriori ai dieci giorni*, e siccome sono portati dalla legge sotto una presunzione legale di frode, i terzi non hanno più diritto alcuno allo stesso favore, tanto più che la domanda fatta contro di essi, se sono creditori, può essere considerata come una specie di azione per collusione che si porta avanti il luogo dell'apertura » (*Des faillites*, cap. 1

sez. II). Questa medesima dottrina è insegnata dal Carré nel *Trattato della competenza*, t. III, pag. 419.

d) *La opposizione al concordato* può anche suscitare delle questioni civili, intorno a che V. l'art. 624 del Codice di commercio, e il nostro commento a quell'articolo (il Codice di commercio annotato — Società l'Unione Tipogr.-Edit.). Non aggiungeremo che questa sola osservazione. La materia *della opposizione al concordato* implica bene spesso questioni di natura civile, specialmente per esser ammessi nel concorso creditori, che per entrare fra i chirografari abbandonano titoli ipotecari dei quali già si valsero e in forza dei quali ottennero parte del loro credito. Per determinare la loro posizione e liquidare il loro avanzo, si devono portare ad esame gli atti civili, o lo stesso tribunale deve *soprassedere o pronunziare sulla opposizione*, come si esprime il suddetto art. 624, perchè abbiano luogo decisioni di pendenze civili, o il potere civile determini sopra titoli o diritti nei quali prendono interesse gli stessi creditori del fallimento, per liberarsi, se sia possibile, da quelli che loro fanno concorrenza, o possono esser soddisfatti con altri mezzi.

Ecco quello quello che stimai di aggiungere nella 2ª edizione.

La regola generale attribuisce competenza per ragione di territorio all'autorità giudiziaria del luogo in cui *il convenuto ha domicilio o residenza* sì in ordine alle azioni personali, che in ordine alle azioni reali sui mobili, altro disponendo nell'articolo 93, rispetto all'azione reale immobiliare. Alla regola succede la limitazione dell'articolo 91.

La *residenza*, il *domicilio* è una facoltà elettiva che appartiene alla persona del cittadino, è per così dire il suo centro d'azione al quale trae coloro che vogliono provocarlo in giudizio quasi possa meglio difendersi in quel luogo che in qualunque altro. Ma i nostri atti implicano talvolta un'abdicazione a quella prerogativa territoriale.

Il luogo ove si contrae l'obbligazione mobiliare e quello in cui deve eseguirsi viene così implicitamente accettato in sostituzione di quello ove si ha residenza o domicilio, se piaccia all'attore di chiamarci avanti l'autorità giudiziaria che colà risiede. È per l'attore una facoltà alternativa, ma esercibile alla condizione che il convenuto *sia citato in persona propria*, e precisamente nel luogo stesso ove siede il magistrato avanti il quale è chiamato.

Nel punto di vista della *cosa mobile, oggetto dell'azione*, simile facoltà viene attribuita all'attore. La *cosa mobile, oggetto del contratto*, di cui si parla, non può essere che tale di natura e non per una qualunque finzione legale, e l'azione intentata dev'esser *reale*, cioè aspirante al possesso di quella cosa. Ognuno intende che il luogo ove quella cosa *si trova* può non esser quello della esecuzione del contratto. Anzi la legge facendone un terzo caso, ritiene che non lo sia. Onde questa differenza, che se nei primi due casi il fôro del contratto o quello della sua esecuzione può dirsi *convenzionale* nel terzo è *accidentale*. Il mobile si porta qua e là, e non è possibile presagire ove potrà trovarsi quando viene il momento di reclamarlo. Tizio ha dato in pegno a Caio un quadro di grandissimo pregio (costa poco l'immaginarlo), indi ha pagato il debito. Caio che lo riteneva nella sua abitazione a Milano, ha creduto bene di trasportarlo a Torino. Tizio capita in quella città, è istrutto del fatto, e sa ancora che Caio è in Torino. L'usciere lo viene cercando in quelle grandi strade, lo incontra, gli affibbia la citazione. Caio è citato ivi *in persona propria*, e ci sono tutti gli estremi per ritenere la giurisdizione del tribunale di Torino.

Tutte queste combinazioni sono di applicazione difficile, dovendosi verificare due fatti: 1° che ivi si trovi ordinariamente fuori del proprio domicilio il convenuto, 2° che la citazione possa eseguirsi *in persona propria*, colla quale frase si è voluto significare che la citazione sia consegnata *nelle mani dello stesso citato*.

Il sistema della competenza territoriale si è agevolato nell'interesse del commercio. Data la stessa facoltà alternativa rispetto al luogo in cui *fu fatta la promessa e la consegna della merce*, o a quello in cui *deve eseguirsi l'obbligazione*, si sono tolte di mezzo le due condizioni, potendosi citare il convenuto anche altrove, o al domicilio eletto, o al domicilio naturale, non *in persona propria*, ma nei soliti modi.

Queste cose non mi parevano così nuove da meritare apposite annotazioni. E mi diede occasione di parlarne una sentenza che lessi alla pag. 446 del *Monitore dei tribunali*, nobile periodico che si stampa in Milano, anno 1868, nella quale sentenza si ferma: « che nel determinare la competenza di giurisdizione il « *luogo della esecuzione prevale a quello della stipulazione* del contratto ». Con questo sistema si restringe la facoltà che la legge concede all'attore: di due diversi fatti giuridici se ne fa un solo, l'alternativo è mutato in congiuntivo, e toccherebbe la sua anche al com-

mercio, perciocchè mentre l'attore è libero di scegliere il fôro del contratto, quello dove si fece la vendita o il tribunale di commercio del luogo ove deve seguire il pagamento, non avrebbe più scelta. Giova quindi sperare che questa massima che io reputo erronea e dannosa alla libertà dei giudizi, se pur vive, non vivrà lungo tempo.

—

Incontrando nell'eccellente giornale giuridico surricordato (anno 1867, p. 753), un giudizioso lavoro che eleva una difficoltà diversa da quella alla quale ora ho risposto, stimai mio dovere di occuparmene.

Si ritiene che l'articolo 91, parte 1, in quelle parole — *purchè il convenuto vi sia citato in persona propria* — non abbia fatta allusione ad un luogo qualunque, ma soltanto abbia voluto significare che il debitore dev esser citato *in persona propria*, e questa esser l'unica condizione apposta all'esercizio di un diritto giurisdizionale che può dirsi straordinario.

Si è messa in rilievo la difficoltà di questa combinazione la quale accusa bensì l'incoerenza della legge, liberale di un diritto così poco praticabile, ma non basta a distruggerla. È questa la precisa disposizione dell'art. 17 del Codice di procedura sardo del 1859, colla sola differenza che la prima era meno concisa, meno elegante se vuolsi ma forse più chiara (1). Tuttavia scorgesi dalle parole della legge che l'avverbio di luogo (*ivi*) è dominante, posto nel primo periodo, si ripete in modo avversativo nel secondo, e per escludere la contemplazione del luogo, bisognerebbe cancellarlo.

Il concetto più arguto che vero, è questo. La base della competenza territoriale nelle azioni personali o nelle reali mobili è la residenza, il domicilio della persona. Con qual nesso mai verrà a mettersi in rapporto la persona col territorio che le è estraneo, se non tocchi quel suolo, se ivi non si rinvenga? Portandosi la persona in quel luogo ed ivi per alcun tratto dimorando, non ignaro che in quel luogo appunto ha delle obbligazioni da adempiere si ritiene aver acconsentito a quella giurisdizione se a quella sarà chiamato. Questa metafisica del domicilio personale che ne emergera il concetto, oggidì ha poche simpatie, noi ci volgiamo più volentieri a quella fonte limpida del diritto romano. Il contratto genera una giurisdizione territoriale per implicito consenso delle parti, nascente dalla stessa convenzione (Leg. 19, § 2 D. de judic., L. 21 de oblig. et act.), nè altro nesso abbisogna. Per noi, quasi a maggior protezione di questo gius del domicilio personale, si rende più difficile lo incombente dell'attore, si esige la citazione *in persona propria*.

È inoltre una derogazione ai principii che non ha ragione di essere. Noi supponiamo bensì che in quel luogo il convenuto non abbia *nè residenza, nè domicilio*, ma dobbiamo supporvi la *dimora* che inchiude l'esistenza, anche breve, della persona in un dato paese che non si attraversi a passo di corsa. Ora colui che ha la dimora in un luogo, per legge generale (articolo 139, capoverso 3°) è citato nei modi consueti, potendo aversi degli attinenti e dei famigliari: perchè questa derogazione?

Fece quindi prova dell'alto suo senno l'Associazione degli avvocati di Milano quando propose l'abolizione di questa legge, essa la intese nel vero suo senso, poichè ne desiderò la riforma.

Viene la seconda parte, e per giusto affetto agli interessi commerciali, *amendue le condizioni* sono state levate, come di sopra osservai. L'ultima frase del secondo periodo *è la negazione pura e semplice della precedente*, senza di ciò il commercio non ne risentirebbe alcun beneficio, attesochè se si dovesse aspettare che il debitore si presentasse nel luogo dove può esser citato, si vorrebbe aspettare un pezzo. Ciò è ben inteso: la citazione si può inviare al domicilio eletto, se vi ha, o alla residenza e domicilio naturale del convenuto per comparire avanti il pretore o tribunale di commercio del luogo del contratto o della sua esecuzione, secondo le norme di valore. Così è conservato il metodo naturale della notificazione e il creditore è libero nell'esercizio del suo diritto.

Alcuno ha creduto che trattandosi di controversie commerciali, sia concesso bensì di citare altrimenti che *in persona propria*, ma ad ogni modo la citazione debba notificarsi *nel luogo* in cui fu stabilito il contratto, o deve

(1) Articolo 17. « L'azione personale e la mobiliare si possono proporre avanti il tribunale o giudice nel cui distretto fu contratta o deve eseguirsi la obbligazione, o in cui esiste la cosa mobile, oggetto dell'azione, *purchè il convenuto sia personalmente (ove la persona possa) citato mentre si trova in tale distretto*. Però, trattandosi di affari commerciali, l'azione potrà proporsi avanti all'autorità giudiziaria nel cui distretto fu fatta la promessa e la consegna della merce, od innanzi quella nel cui distretto la obbligazione si deve eseguire, *sebbene il convenuto non venga ivi personalmente citato, nè vi si trovi* ».

adempirsi la obbligazione, ma ho detto e ripeto anche più chiaramente che due conseguenze ne verrebbero, egualmente assurde, egualmente inammissibili 1° che dipenderebbe dal citando il farsi citare, ed è probabile che egli non si presenti dopo la scadenza in uno dei detti luoghi; 2° che se nel luogo ove deve citarsi non avesse nè casa, nè famiglia, e non ci fosse neppure colla persona, non potrebbe ivi citarsi nei modi stabiliti dalla legge. D'altra parte la legge non determina veruna modalità straordinaria non che debba citarsi per affissione, nè altrimenti Così sarebbe realmente violato il diritto importantissimo della notificazione. È d'uopo adunque ritenere che la notificazione dell'atto di citazione deve farsi alla residenza del convenuto. Mi permetto osservare per ultimo che la notifica della citazione *non in persona propria* non è quella che si fa al nostro rappresentante, ma quella che si fa in mano alle persone abilitate dalla legge a ricever l atto per conto nostro (articolo 139). Quando il rappresentante è *legittimo* (non già un mandatario), non è altro che la nostra persona: quindi una citazione consegnata *in mano propria del tutore* è come consegnata in mano propria del tutelato; e quella fatta in mano del gerente della società equivale a quella che si facesse in mano ai singoli soci.

Articolo 92.

L'azione personale e l'azione reale su beni mobili, quando sia convenuta una delle amministrazioni dello Stato, deve sempre proporsi, salvo il disposto dell'articolo 95, davanti l'autorità giudiziaria del luogo, in cui fu contratta, o deve eseguirsi l'obbligazione, o in cui si trovi la cosa mobile, oggetto dell'azione.

Nelle controversie relative alle imposte dirette o indirette l'azione, anche quando l'amministrazione dello Stato sia attrice, deve essere proposta davanti il tribunale nella cui giurisdizione è l uffizio che deve riscuotere, o che ha riscosso l'imposta.

Articolo 93.

Le azioni reali su beni immobili, e quelle indicate nell'articolo 82, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo, ove è posto l'immobile, o seguì lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile.

Quando l'immobile sia soggetto a più giurisdizioni, l'azione è promossa davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la parte soggetta a maggior tributo diretto verso lo Stato, o davanti l'autorità giudiziaria del luogo, in cui sia posta una parte qualunque e alcuno dei convenuti abbia domicilio o residenza.

Annotazioni.

1. Le dispute che si offrivano ai giuristi nel qualificare quel *medium genus*, che si chiamava azione mista, mantengono lo stesso interesse ove si tratti di stabilire la differenza fra le *azioni personali* che hanno relazione ad un immobile, in quanto abbiano causa in una contrattazione che ad un immobile si riferisca, o più specialmente ancora quando si tratti di azioni che tengano all'indole immobiliare, e si prefiggano in uno scopo più o meno lontano l'acquisto di un immobile, o la realizzazione di un credito che non può effettuarsi che col possesso o colla vendita di un immobile. C'è insomma delle difficoltà, in qualche caso, a determinare se l'azione sia personale o reale immobiliare.

2. **Questioni.** — *a) Se il venditore di un immobile che ha stipulato il patto di ricupera* (riscatto convenzionale), *esercita il suo diritto contro il compratore.* (L'art 1449 del Codice civile addita simili stipulazioni nella formola di *condizione risolutiva.* Quantunque l'attore non faccia in ultima analisi che rivendicare la sua proprietà, io ritengo buona e fondata la dottrina che propugna la *personalità dell'azione*, essendochè il contratto è la causa del diritto, e l'oggetto immediato di essa è la esecuzione del patto (Poncet, *Traité des*

actions, tit. II, chap. X, sect. I, nº 119; Carré, *De la compétence*, tit. III, nº 369).

* b) *Se il venditore dirige la sua azione contro il terzo possessore del fondo.* Qui non posso seguire l'opinione di quegli illustri che giudicano mantenersi personale l'azione per questa ragione che il terzo non acquistò perfetto dominio, ma condizionato e sottoposto al vincolo risolutivo, atteso il principio *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* (Poncet-Carré, ivi). Ma non è così di tutte le rivendicazioni che si esercitano in confronto di terzi acquirenti? Essi non poterono acquistare stabilmente il dominio perchè il loro cedente non potè in essi trasferire sicuri, certi, perfetti diritti di proprietà, ma lo acquistarono nonostante, o lo ritengono a fronte dell'attacco, benchè sotto il pericolo più o meno urgente di evizione. Troplong e Pisanelli l'appellarono un'azione mista. Ora bisogna decidersi perchè le azioni miste non le abbiamo. Io non esito in questo caso a chiamarla, con Pothier, *azione reale*, malgrado fosse provata nell'acquirente la scienza del vincolo.

c) *L'azione per nullità di un contratto di vendita di beni immobili è personale o reale?* Rispetto al terzo compulsato per la restituzione del fondo, dovrà dirsi reale, rimosse le tante controversie che fanno gli autori.

3. Non v'è alcuna difficoltà, io l'ho già detto, nell'ammettere che un'azione qualificata personale mentre si agita contro l'obbligato, si converta in reale allorchè si dirige contro il terzo. È anzi fra le più semplici e ordinarie evoluzioni del diritto giudiziario.

4. Similmente un'azione di rescissione per causa di lesione che, secondo Dalloz, è della famiglia delle personali *in rem scriptæ*, in confronto del terzo diventa reale. La dottrina giuridica ha bisogno di semplificarsi colla legge e concentrare in grandi obbiettive, se la frase è esatta, le idee intermedie.

5. Se il bene immobiliare è presso il terzo, cioè presso colui che non è stretto da vincolo obbligatorio colla persona, non può concepirsi, secondo la nostra legislazione, che l'*azione reale*. Ciò sia detto in massima. Prego di avvertire le modificazioni che tali regole ricevono in vista di un maggiore interesse d'ordine che la legge contempla, non dominata, come già si osservò, da spirito sistematico, laonde azioni personali s'instaurano fuori del domicilio dell'attore, ed azioni reali non seguono la cosa, determinandosi la competenza da ragioni proprie di quella tale combinazione giuridica. Ne porgo esempio il seguente articolo 94.

6. Sotto la riserva delle cose esplicate relativamente all'oggetto concreto dell'azione, dico: *che abolite le azioni miste* per le quali era data facoltà di citare o al domicilio del convenuto, o dove l'immobile esiste (art. 25 del Cod. di proc. del 1854, francese, art. 59), *oggidì quelle che erano miste, sono divenute personali*, e lo sono divenute, fate avvertenza, a profitto della giustizia. L'elemento personale dell'azione mista emerge, il convenuto che ha una *obbligazione personale* (causa prossima) a discutere, prima di vedersi portata via la cosa (causa meno prossima o consequenziale), è chiamato avanti ai *suoi giudici naturali*, vero rispetto della sua civile personalità. L'azione di pegno diretto, l'azione anticretica, volgono all'ultimo scopo di riavere la *res* consegnata al creditore, ma preesiste il giudizio personale, e l'azione è personale. Se si domanda al debitore l'assegnazione di un immobile per sottoporlo ad ipoteca partendo dalla obbligazione, l'azione è personale. Ma è veramente *reale* l'azione di *cancellazione d'ipoteca*, se sia fondata nella nullità della iscrizione, e non sull'obbligo assunto di cancellarla (Carré, *De l'organisation*, etc., t. III, num. 353).

Articolo 94.

Si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione:

1º Le azioni in petizione o divisione dell'eredità, e qualunque altra tra coeredi sino alla divisione;

2º Le azioni in rescissione della divisione già fatta e in garanzia delle quote assegnate, purchè proposte entro un biennio dalla divisione;

3º Le azioni contro l'esecutore testamentario, purchè proposte prima della divisione, e, se la divisione non sia necessaria, entro un biennio dall'aperta successione;

4º Le azioni dei legatari e dei creditori della eredità che non esercitano di-

compartecipi (coeredi e legatari), ma perchè si è trovato utile al buon effetto di simili giudizi il darvi una direzione concentrica. I giudizi che si agitano intorno ad una eredità non si vogliono dispersi, come si notò di sopra, in frazioni avanti giurisdizioni disparate e diverse, con pericolo ancora di opposte sentenze. Quindi sono tratti a questa competenza coi legatari eziandio i creditori personali della eredità. Chiaro è però che i creditori che esercitano diritti reali, non possono nè debbono soggiacere a questa legge, mentre non è la persona *hereditas*, ch'essi perseguono, ma obbiettivamente la res, che loro è devuta.

4. *Le azioni della divisione ereditaria (familiæ erciscundæ) ed altre che vi hanno rapporto, sono pur esse istituite avanti il tribunale dell'aperta successione?*

Precedenti storici — Vi fu ragione di dubitare, e tale da sfidare la pazienza dei commentatori e dei magistrati, finchè rimase in vita il famoso art. 1044 del Codice civ. albertino, esagerazione dell'art. 822 del Codice francese. Come quest'ultimo, esso iniziò una lotta colla disposizione di procedura, una delle più ribelli antinomie che si siano mai viste. L'art. 10 del Codice di procedura del 1854, indi l'art. 22 del Codice del 1859 statuivano che *avanti al tribunale del luogo dell'aperta successione* dovrebbero istituirsi *le azioni fra coeredi sino alla divisione inclusivamente*, se non che il primo, memore dell'art. 1044 che stava dietro di lui, lo richiamò e pretese di andar d'accordo. Come andasse d'accordo può farsene un giusto concetto chiunque legga le ingegnose pagine del Pisanelli (*Commentario del Codice sardo del 1854, Trattato della competenza*, pag. 454 e seg.). In effetto il Codice di procedura escludeva da quella competenza i giudizi di divisione, eziandio fra coeredi, laddove il Codice civile li ammetteva. Nel Codice di procedura del 1859 si cessò dal richiamare l'art. 1044 del Codice civile, e le due disposizioni furono, per così dire, abbandonate a se stesse. Che ha fatto l'articolo nostro? *Ha distinto le azioni in divisione della eredità, dalla stessa divisione* che pure ha messo fuori da questa competenza. Si è fatto di più. La disposizione che era il soggetto dell'art. 1044 del Codice albertino, e che trovavasi per vero in sede non sua, è stata sapientemente soppressa. In questo stato della legislazione riesce agevole la

Soluzione — Al tribunale del luogo dell'aperta successione *si recano le azioni che riguardano il diritto della divisione e le controversie che nascono da questo diritto*, ma il giudizio di divisione, separazione ed assegnamento di quote, che ne vengono di conseguenza, è regolato dalla legge comune della competenza. Non è, a parlar propriamente, che un giudizio esecutivo.

Di fatti altro è l'*azione in divisione*, altro è la *divisione*, ossia gli atti e i giudizi che la mandano ad effetto: le stime, le operazioni di liquidazione e di conguaglio, le aggiudicazioni, e via discorrendo. L'azione che qui si chiama *in divisione* è l'actio *familiæ erciscundæ*, che ha per oggetto precipuo la divisione (il giusto), *ed accessoriamente anche l'adempimento di personali obbligazioni che nacquero dalla eredità* (framm. 44, § 3, framm. 49, in fine, Dig. famil. ercisc.).

Tuttavia le azioni *in rescissione della divisione già fatta*, o *in garanzia delle quote assegnate*, rientrano nel giudizio ereditario, interessando tutta la successione.

c. *Ma i terzi, i creditori, che impugnano una divisione, porterebbero avanti quel tribunale le loro azione?* Sì; sempre che la causa dell'azione si riferisce o al loro diritto d'intervenire nella divisione, o al pregiudizio che ne hanno risentito (Toullier, tom. 4, n° 412; Duranton, t. IV, n. 509 e 510).

5. Le azioni reali immobiliari sfuggono a questa competenza.

6. È da notare la ingiunzione del termine, *un biennio*, che si ripete nelle successive disposizioni di questo lungo articolo. Col tempo si viene sciogliendo il vincolo unitario che consigliava la concentrazione del giudizio: nuovi rapporti si formano, e la legge generale riprende il suo corso.

7. *Se l'autorità giudiziaria dello Stato abbia giurisdizione di sentenziare dell'azione in petizione della eredità di uno straniero aperta all'estero. In caso affermativo quale sia nello Stato l'autorità competente. Considerazioni sull'ultima parte dell'articolo.*

L'articolo 8 è una splendida novità del nostro Codice civile. Abrogatore dell'antichissimo sistema *dello statuto reale* in materia di successione ereditaria, ha inaugurato quello del rispetto dovuto alla espressa o presunta volontà dei trapassati, a qualunque nazione appartenessero, in qualunque paese abbiano cessato di vivere, e per qualunque natura di beni. Perchè le poche parole che dirò sull'argomento siano chiare, debbo recitare il tenore del citato articolo. « Le successioni legittime « e testamentarie, sia quanto all'ordine di suc« cedere, sia circa la misura dei diritti succes« sorii e la intrinseca validità delle disposi« zioni, sono regolate dalla legge nazionale

« della persona della cui eredità si tratta, di « qualunque natura siano i beni, ed in qua« lunque paese si trovino ». È noto che se questo principio era osservato in ordine ai mobili, per quanto riguarda gl'immobili si seguiva la legge del paese: lo Stato riteneva così di affermare la sua autonomia sul proprio suolo, onde la stessa autorità dei luoghi applicava due legislazioni diverse, in quanto i beni fossero mobili o immobili, e pareva scindersi in due parti la volontà stessa del defunto, ma in sostanza non si rispettava che quella che espressamente o presuntivamente riguardava i beni mobili.

L'articolo 8 del Codice civile prescrive ai tribunali del regno con quali criteri, con quali principii dovranno statuire sulla successione dello straniero, qualunque siano i beni ch'egli ha lasciati, e dei quali si contenda, sul suolo italiano. E quindi vano il ricercare, in tema generale, se i giudici del nostro regno abbiano competenza per decidere questioni successorie pertinenti all'eredità di uno straniero. La legge stabilisce la base della giurisdizione nello Stato, dacchè ai giudici dello Stato impone regole per deciderne; è manifesto che se li voleva privati di giurisdizione, doveva invece ordinare che si astenessero dal giudizio. Del resto ci accade ogni giorno di applicare leggi straniere ai fatti che ne dipendono.

Il dubbio sorge nella ipotesi di una successione di straniero *aperta fuori del regno*. E si domanda perchè essendo fermo nel nostro diritto civile che quella successione è regolata dalla legge nazionale del defunto, perchè vorremo noi prender briga e non lasceremo piuttosto che ne giudichino le autorità del paese nel quale si aperse? Noi aspetteremo che le sentenze così pronunciate si presentino alle nostre autorità giudiziarie per la esecuzione, e così verranno a ricevere applicazione anche rapporto ai beni esistenti nel regno. Se non che a questo che alcuni dotti giureconsulti reputano il solo sistema razionale, fa ostacolo l'articolo 94 della procedura che attribuisce giurisdizione ai nostri tribunali eziandio per conoscere dei diritti di una successione aperta all'estero, e parlano persino di *sacrificarlo* (*Monitore de' tribunali*, 1869, p. 420) affinchè cessi una volta quest'assurda divisione di giudizi sopra un soggetto unico e invariabile, la successione ereditaria. Se così non fosse, aggiungono, quale reale vantaggio, quale beneficio alla civiltà avrebbe portato l'articolo 8 del Codice civile?

Le nostre considerazioni che conseguono la risposta a questi dubbi, versano, siccome appartiene al nostro istituto, intorno al diritto costituito. Si è già osservato che l'articolo suddetto ritiene la giurisdizione dei nostri tribunali, segnando ad essi la norma del giudicare. Se l'art. 94 della procedura conferma coi suoi ordinamenti di rito questo potere dei giudici dello Stato, avremo una forza congiunta del tutto irresistibile, avremo insomma una completa dimostrazione della volontà del legislatore. Saremo fatti certi della estensione e dei limiti di quel nuovo ed alto concetto espresso nell'articolo 8. Il legislatore poteva spogliarsi di quella specie di autonomia, come io volli chiamarla, e abdicare a quel simbolo di sovranità territoriale che faceva disprezzare le leggi successorie delle altre nazioni in ordine ai beni immobili per applicarsi le proprie; ma non voleva, e con molta ragione, esautorare il potere giudiziario coll'impedirne l'azione, e il subordinarlo alle decisioni straniere quando è del tutto evidente l'interesse di risolvere le questioni relative portate al suo giudizio, evidente il danno dell'aspettare passivamente una giustizia che ci dovrà venire dall'estero per una via qualunque. Tale inazione, tale paralisi dell'azione giudiziaria, non può comprendersi neppure in confronto dell'obbietto che si fa della possibile difformità dei giudicati, della possibilità cioè che i giudici stranieri decidano diversamente. Può forse il legislatore di uno Stato preoccuparsi di decisioni straniere? Egli può darvi o non darvi esecuzione nei termini del proprio diritto interno quando ne sia richiesto: ma accettare la legge dallo straniero, non mai. Oltre di che ciò varrebbe rovesciare tutto il sistema giudiziario, essendo statuito che qui si giudicano anche gli stranieri quando hanno interesse nello Stato e coi cittadini italiani. L'importanza somma era di unificare la legislazione, e se i giudici nostri applicano alle condizioni successorie la legislazione straniera, questo importa conformità di giudizi. Che le leggi siano male intese, male applicate, non poteva il legislatore presumere senza fare ingiuria alla nazionale magistratura. Benchè non probabile, è possibile la varietà di opinioni, e allora chi dirà che la decisione straniera è migliore della nostra? Chi ne sarà il giudice? Insomma la legislazione estera si può accettare: rinunciare all'autorità dei giudizi non può fare legislatore alcuno che rispetti la propria dignità, ed abbia a cuore l'interesse dei cittadini.

Resta però qualche cosa a dire sul costrutto dell'articolo 94. Esso suppone che vi sia un

convenuto *con domicilio o residenza nello Stato*, noi invece consideriamo il caso di uno straniero che abbia beni nello Stato pertinenti a una successione alla quale ha diritto. Per altro l'articolo 94 risolve la questione di massima, e questo può bastarci. Noi rileviamo chiaramente dalle prime parole del testo, che i tribunali italiani ritengono la loro giurisdizione anche qualora *la successione siasi aperta all'estero*. L'attributo della competenza concreta è materia da regolarsi col nostro Codice di procedura.

La legge che esaminiamo si applica tanto alla successione di uno straniero, quanto a quella di un italiano assente dal paese, tanto se il convenuto sia straniero, quanto se abbia domicilio o residenza nello Stato. Requisito necessario all'esercizio dell'azione è la presenza nel territorio di beni mobili o immobili pertinenti all'eredità. L'articolo 94 suppone, io diceva, che il convenuto abbia qui residenza o domicilio; ed allora il suo ordinamento è questo. Nella ipotesi di una successione aperta all'estero, cessa l'applicazione di tutta la parte prima del suddetto articolo. Subentra un'altra regola. Ov'è la *maggior parte dei beni*, ivi si troverà il giudice competente, e sarà il tribunale civile del luogo. Se i beni saranno accumulati in un solo punto, ivi sarà la sede competente. Se non si potrà risolvere ove sia la maggior portata dei beni sparsi in più regioni del territorio, pare fosse congruo il darne la scelta all'attore. Invece si cangia a dirittura il piano, e come si trattasse di una azione personale, diviene competente l'*autorità giudiziaria del luogo ove il convenuto ha residenza o domicilio*. Fin qui l'articolo 94. Ma se il convenuto è uno straniero? In questo caso è manifesta l'applicazione dell'art. 107.

Articolo 95.

Nel caso di elezione di domicilio, a norma dell'articolo 19 del Codice civile, l'azione si può proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu eletto il domicilio.

Annotazioni.

1. Quest'articolo contiene una disposizione generale, ovvero, giacendo, per un nuovo ordine del legislatore, tra la legge che prescrive la competenza delle azioni successorie e quella che regola l'azione *pro socio*, è una disposizione speciale, aderente ed affissa alla prima? Io mi faccio questo dubbio, che non poco mi tormenta. Ho veduto questa medesima disposizione cangiar di posto; e una ragione vi deve essere. Nel Codice sardo del 1859, un simile disposto (art. 25) era collocato subito dopo le leggi regolatrici dell'azione sociale, a una tale distanza, e con tali interpolazioni dalla legge sulle azioni successorie (art. 23), che con essa non poteva avere attinenza se non generale. Ed ora è portato qui; e sembra avere lo scopo di limitare espressamente il dettato dell'articolo 94. Inteso questo articolo con espresso riferimento a quello che lo precede, sotto la formola *l'azione si può proporre*, ecc., il susseguente che concerne l'azione tra soci, rimane affatto fuori della sua disposizione, e ne seguirà che l'azione tra soci, come pure quella *per rendimento di conti* che viene appresso, dovranno in ogni caso proporsi avanti i tribunali designati dalle leggi, e inutilmente le parti si provvederebbero nel loro accordo di un domicilio convenzionale. Ma sarebbe questo possibile? Perchè il luogo del domicilio eletto dovrà prevalere a quello che l'art. 94 stabilisce in un sentito interesse di economia e di ordine giudiziario, in un ben pensato intendimento di ravvicinare tutte le parti contendenti sopra una comune eredità nel luogo in cui la principale sostanza si raccoglie, e non avrà efficacia di sorta, e sarà come non eletto il domicilio in una questione sociale, eminentemente personale, e dove di ogni cosa è regolatore supremo il fatto e la volontà delle parti? Io non so farmene ragione. Vedranno i pratici, che la trasposizione o giacitura di questo articolo produrrà delle gravi questioni.

Vorrei prevenirle, un poco ragionando. A prescindere per un momento dal presente articolo 95, due altri ne abbiamo sullo stesso subbietto nel Codice, la cui generalità non è contestabile, sono gli articoli 40 e 140. Una tendenza, per me lodevole, di estendere questa libertà sulle circoscrizioni legali, si vede dominare nel nuovo Codice: talchè non saprei vedere perchè non dovessero ritenervisi compresi i giudizi relativi alle società; e se ci fosse un dubbio, il dubbio io lo avrei per le azioni successorie. La conseguenza che io ne deduco è un po' ardita, e professo che non intendo fare una censura, ma se io non m'inganno a partito, l'articolo 95 è messo qui come un imbarazzo, gettando la incertezza dove non do-

vrebb essere e non serve che a indebolire la portata generale degli altri due sopraindicati. Che risolvere intanto? *Che tutte quante le norme di competenza esposte in questo capitolo sono contenute nella teoria del domicilio di elezione*, ossia sono modificabili da esso e dalla volontà delle parti.

2. Se non che due cose bisogna aver presenti: 1° che, generalmente, il domicilio convenzionale non obbliga l'attore, ma obbliga invece l'altra parte che accettò questa legge; 2° che ove non tutti quelli che devono citarsi abbiano eletto il loro domicilio, per ragione di connessità si dovrà portare il piato alla giurisdizione legale.

Articolo 96.

L'azione fra soci si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è il principale stabilimento della società.

Si propongono davanti la stessa autorità giudiziaria le azioni fra soci, anche dopo lo scioglimento e la liquidazione della società, per la divisione e per le obbligazioni che da essa derivano, purchè proposte entro un biennio dalla divisione.

Annotazioni.

1. Ora avvertirò la differenza fra l'art. 90, parte terza, ed il presente. In quello si regolava l'*azione personale e l'azione mobiliare contro una società*, in questo si regola l'*azione fra i soci*, ed è chiaro che la prima concerne i diritti dei terzi, e *non punto i diritti della società contro i terzi* che seguono le leggi comuni della competenza territoriale (Thomine, t. I, pag. 149). Però nell'uno e nell'altro caso una ragione, che può dirsi identica, determina la competenza ov'è la *sede dell'amministrazione, o il principale o uno dei principali stabilimenti della società*. Può la prima chiamarsi un'azione *esterna*, che si dirige *contro l'ente morale e per sè sussistente*, la società, la seconda, che diremo *interna*, agita la lite fra gli stessi componenti della società. Nondimeno è giusto e generalmente ritenuto in ogni procedura, ch'essa abbia a trattarsi con un indirizzo collettivo e nel luogo dove sono più sotto la mano i documenti e più, a così dire, palpitanti i fatti sociali.

2. Il *principale stabilimento* si caratterizza quasi sempre dalla sede stessa dell'amministrazione, dato che i soci non abbiano pattuito altrimenti. Una società può avere più case distinte, dirette da distinti soci o gerenti: il giudizio può essere bene introdotto in ognuno di quei luoghi (Dalloz, *Compétence des tribunaux d'arrêt*, n° 111). Del resto le condizioni di rispettiva importanza dei vari stabilimenti saranno apprezzate al largo, non troppo sottilmente, ma con riguardo piuttosto alla qualità, gravità ed estensione della controversia, si terrà specialmente conto della rappresentanza sociale che esista in quel dato luogo. In Francia si è deciso che le compagnie di assicurazione, le quali abbiano delle succursali ove sono rappresentate da agenti speciali, possono esser citate avanti il tribunale del luogo di queste succursali per le controversie che sorgono in occasione di obblighi contratti per mezzo dei detti agenti (cassazione, 30 dicembre 1846; 26 novembre 1849; 17 febbraio 1851). Si è giudicato d'altra parte, che una società di assicurazioni mutue, che, indipendentemente dal luogo ove la società è stabilita, ha una sede in ciascun distretto, ove è rappresentata da un direttore, deve citare gli assicurati avanti il tribunale del luogo, ove hanno contratta la loro obbligazione (cassazione, 18 aprile 1854, corte di Parigi, 10 maggio 1851; Pisanelli, *Commentario del Codice sardo*, vol. I, p. 1, pag. 467). Nella svariata forma delle moderne industrie, nelle tante combinazioni di commerci sociali, non è possibile una regola generale.

3. **Questioni**. — a) *Proponendosi da taluno dei soci delle azioni reali mobiliari, la regola della competenza sarà quella fissata in questo articolo, o quella piuttosto ove l'immobile è posto?* Rispondo *affermativamente alla prima parte*, poichè fra le ragioni che determinarono il criterio legislativo per l'una o per l'altra giurisdizione, certo prevale il riflesso, che il maggior interesse è quello della società moralmente considerata, oltrechè questa disposizione è comune a tutte le questioni sociali. Quindi scostandomi dalla opinione di molti scrittori francesi, mi unisco al Pisanelli (Opera suddetta, pag. 468).

b) *Ma questo pure dovrà dirsi rispetto al terzo che introduce contro la società un'azione reale immobiliare?* (art. 90). Si deve risolvere

per contrario, ponendosi dal suddetto articolo il limite che non si può passare, ed il limite si è l'*azione personale o reale sui beni mobili*. Se rispetto a codeste azioni la società è riputata persona avente domicilio nel suo principale stabilimento, non può essere, dirimpetto al terzo, sottratta alla disposizione comune stanziata dall'articolo 93 per le azioni *reali-immobiliari*. Seguo in ciò la dottrina di Boncenne, di Carré e Chauveau

« *Della società in partecipazione.* » La società in partecipazione non ha nome, nè ditta, nè firma sociale, nè sede Essa non è soggetta alle formalità prescritte alle altre società, essa è esente da pubblicità, e si dimostra con tutti i mezzi di prova, anche con quelli per testimoni » (Troplong, v° *Società*, num. 502). A tale società non è applicabile la disposizione dell'articolo

4 La società, *pei suoi effetti*, s'intende durare anche dopo lo scioglimento, quando trattasi di diritti conseguenti, di operazioni che derivano dalla stessa società, nel cerchio dei reciproci interessi tra i soci *amplia*, se i liquidatori non fossero soci. *Dopo il biennio* ogni comunanza di vincolo si reputa sciolta, la società è affatto morta, sono come disperse le sue reliquie; chi venne così tardi a far valere i suoi diritti sociali, non può più invocare quei rapporti in ordine alla competenza, fondati nella esistenza reale o virtuale del consorzio medesimo.

Articolo 97.

L'azione per rendimento di conti di una tutela o di una amministrazione si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu conferita o esercitata

Annotazioni.

1 *La legge avvicina i giudici a quelle sedi ove la giustizia può esser meglio amministrata*, e in questo saggio intendimento non dubita di venire limitando, ove occorra, il generale principio del domicilio personale Lo abbiamo già visto superiormente in più casi eccone un altro. Il giudice del luogo *ove la tutela fu conferita* o *dove fu esercitata* (s'intende *abitualmente*), si ritiene o bene informato, o in grado di avere delle buone informazioni, nell'uno o nell'altro luogo possono sorgere testimoni e documenti sulle qualità del tutore e sulla sua condotta; egli potrà meno nascondersi, meno sfuggire a un sindacato rigoroso, i fatti potranno meglio apparirsi Si è voluto anche rendere indipendente la competenza del rendiconto dall'arbitrio del tutore che, cangiando per avventura domicilio, e trasportandolo forse lontano, può andare cercando un altro giudice, e al giudizio del rendiconto migliori e più favorevoli condizioni (Duranton, t. III, p. 463· Toullier, t. II n° 1114 Si è detto che la tutela ha la sua sede legale nel luogo ove il minore ha il suo domicilio (Pisanelli, *Della competenza*, p. 480) ciò è legalmente vero, ma non è la causa efficiente della disposizione. Si avverta frattanto che il presente articolo offre un'alternativa che è una novità. L'art. 29 del Codice di procedura del 1859 aveva indicato unico competente il giudice del luogo, ove *la tutela era stata conferita;* laddove qualche Codice (Regolamento romano, § 439 Leggi di procedura civile del Regno di Napoli articolo 610, non voleva altro giudice che *quello del luogo ove fu ritenuta ed esercitata l'amministrazione.* Bene l'articolo nostro riunisce i due sistemi in cui i vantaggi si bilanciano.

2. Coi tutori vengono nel volere della legge i *protutori e ogni altro amministratore*, pei quali tutti milita la stessa ragione.

3. **Questione.** · *Che dovrà dirsi del padre che ritenne l'amministrazione dei beni del figlio e deve renderne conto?* Motivo per me fortissimo di dubitare è l'opinione dell'illustre Pisanelli il quale dice: « Ora noi crediamo che *il padre non possa esser convenuto altrove, pel conto dell'amministrazione che davanti il giudice del suo domicilio* » E tre ragioni adduce 1° che esso non amministra i beni del figlio come tutore, ma in virtù della patria podestà, 2° ch'egli non presta il giuramento; 3° finchè il padre tiene la patria podestà, non c'è consiglio di famiglia (*Commentario del Codice sardo*, vol. I, p. I, pag. 490). Pongo innanzi una ragione generale tratta dalle parole stesse della legge. Il padre *amministra* i beni dei figli, sia pure che tale amministrazione gli appartenga *de jure*, attesa la sua qualità naturale, ma in ogni modo *amministra*, ed anzi del non poter *eccedere i limiti della semplice amministrazione* ne ammonisce l'art. 224 del Codice civile. Ora il nostro articolo comprende letteralmente i *conti di una tutela*, o *di una amministrazione.* (Mi corre obbligo di notare che l'articolo 25 del Codice sardo del 1854, del quale si occupava l'autore, anche nella

sua costruzione imperfettissima, non parlava che di *conto del tutore*). Così è il padre è un amministratore dei beni avventizi del figlio, e con tutta la responsabilità di chiunque amministra le cose altrui (Leg. 4, Cod de bonis quæ liberis). Il giuramento tutorio non è richiesto dal padre, perchè sopra ogni guarentigia primeggia in lui l'amore e l'interesse della propria prole; ma la ponderata e giusta omissione di questa estrinseca forma è tanto meno influente, quanto che non è più necessario di render conto avanti il tribunale che conferì la tutela; e finalmente se in presenza della persona paterna il consiglio di famiglia non esiste, è piuttosto argomento favorevole tanto più essendo utile, in difetto, diremo così, di ogni controllo, di non lasciare in balìa al padre amministratore di evitare il sindacato di quei tali magistrati che la legge ha stimati più acconci a siffatti giudizi.

Concludo, anche il padre, in quanto è amministratore, è soggetto a questa competenza.

SEZIONE III.

Della competenza per connessione o continenza di causa.

Articolo 98.

L'azione contro più persone che per domicilio o residenza dovrebbero essere convenute davanti a diverse autorità giudiziarie, può essere proposta davanti quella del luogo del domicilio o della residenza di alcuna di esse, se vi sia connessione per l'oggetto della domanda, o per il titolo o fatto da cui dipende.

Annotazioni.

1 *Al luogo del domicilio o della residenza di alcuna di esse*, non è forse esatto, la regola graduale della notificazione dell'atto di citazione, che è pur quella della competenza, è stabilita nell'articolo 139

2. *Del nuovo metodo del Codice.* Figurandosi il territorio giuridico diviso in tante parti quanti sono i cerchi della competenza, e rappresentandoci nel centro una forza che ne misuri e determini il raggio, questa forza, in cui s'incontra la ragione della competenza, è la *persona: actor sequitur forum rei.* Dalla relazione che la persona ha col territorio, è dedotta la competenza locale Nell'ordine del gius privato è regola somma che si modifica nel punto di vista dell'interesse generale. La cosa, la *res petita*, in casi dichiarati dalla legge (azione reale-immobiliare), determina la competenza locale. *rationis utilitatis* (V. le Note ai precedenti articoli,. Talvolta la legge prescinde da queste basi, e prendendo di mira l'*oggetto morale* della lite, subisce la competenza in quei luoghi ove la soluzione si promette più copiosa di buoni risultamenti per la giustizia (V. gli articoli 94, 96, 97). Finalmente *lo stesso rapporto* che hanno più controversie tra loro, è una delle basi determinative della competenza, come i nostri migliori proceduristi, quali il Pisanelli e il Pescatore, insegnarono. Laonde da quattro ragioni diverse muove la legge ordinatrice della competenza locale: 1° dalla persona del reo, 2° dalla situazione della cosa stabile (oggetto reale), 3° da un oggetto morale, in un complesso di vedute speciali a quella data combinazione giuridica; 4° dai rapporti che una controversia ha verso più individui, o che più controversie hanno tra loro. Questo ultimo aspetto della competenza territoriale viene enunciato dalla rubrica col nome di *connessione* o *continenza di causa*. Il legislatore ne ha fatto un titolo (sezione) espresso, e lo ha subordinato al *concetto di competenza territoriale*, con ciò mostrando e di averne apprezzata la sostanzialità, mentre negli altri codici tutto ciò andava confuso con materie correlative eppure distinte, e di averne comprese le logiche attinenze.

3. L'articolo 98 riguarda la *relazione d'una controversia con più persone* i seguenti riguardano le relazioni che più controversie hanno tra loro.

4. *L'azione proposta contro più persone*,

quantunque qui si supponga ad ogni modo unica (senza di che non era necessario farne una disposizione particolare), l'azione proposta contro più persone, io diceva, può ben essere molteplice contenere domande distinte o come sogliamo dire invertendo la formola, capi distinti di domanda. Due unità intanto indicava la legge, *unità di oggetto, unità di titolo o fatto da cui dipende*.

Chi voglia ricorrere (ed io consiglio a farlo) all'opera del Pescatore (*Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, troverà nel capitolo VI del titolo IV la più compiuta monografia che fin qui sia stata fatta su questo soggetto, *della continenza di causa*. Io non posso darne che un rapido cenno. Osserva nella connessione della causa tre elementi venire in considerazione, la *persona*, il *titolo*, la *cosa*, ma concorrere in vari modi e combinazioni diverse, imperocchè se concorressero tutti insieme, si avrebbe non *connessione*, ma *identità* (o almeno la teorica sarebbe ovvia per l'evidenza stessa della connessione). Onde rileva *due sommi generi di cause connesse*: il primo dei quali *ha due elementi comuni e un solo diverso*, il secondo *due elementi diversi e un solo comune*. E ciascuno di codesti generi suddistinguersi in *tre specie*, secondo il portato di quei tre elementi, e il vario modo di combinarsi. La *prima specie* del *primo genere* contenere le stesse persone e lo stesso titolo, ma con diversità nella cosa domandata (La *riconvenzione* dipendente dal medesimo titolo dell'attore, o anche diverso quando abbia per oggetto la compensazione). La *seconda specie*, ove la *cosa* e il *titolo* (*eadem quaestio*) sono comuni, e le persone diverse (Le obbligazioni solidarie egualmente principali; le obbligazioni solidali, una principale e l'altra accessoria, le azioni miste, le azioni di garanzia). La *terza specie*, nella quale concorrendo la *cosa* e le *persone*, si diversifichi il *titolo* o *causa petendi*. Del *secondo genere*, *prima specie* è quella ove sono in giudizio *le stesse persone*, ma diverso è il titolo, diversa la cosa. *Seconda specie* ove diverse essendo le persone e le cose, identico è soltanto il titolo della domanda (Obbligazione, ma non solidale, assunta da più individui domiciliati in circondari diversi verso un solo creditore). *Terza specie*: diversi i titoli, diverse le persone, tutte però pretendenti alla medesima cosa. Ma come l'illustre autore viene dichiarando, posto in siffatte proporzioni, il nesso è debole troppo, e non produce generalmente una vera e propria continenza, soltanto in qualche caso il legislatore provvede in vista della ragione superiore dell'interesse della giustizia: uno di questi casi, che meritò una speciale disposizione, è quello delle questioni ereditarie (V. art. 94). « Nelle *azioni immobiliari*, sono parole dell'autore, l'interessato può sempre trovare un fôro comune a tutti i pretendenti, ricorrendo al fôro della situazione della cosa ».

Torniamo al nostro articolo. Alla legge basta che concorra unità di *oggetto* (*res*), ovvero unità di *titolo* o *fatto*, come *causa petendi*. Ma ponendo mente che l'attore chiamando in giudizio *più persone*, egli stesso le riunisce all'*oggetto* o al *titolo* (*causa petendi*), altrimenti la sua domanda non potrebbe sostenersi, concorrono *adunque due degli elementi*, nella cui combinazione la continenza è genericamente e teoricamente stabilita. L'attore può non aver bene valutato questo rapporto, ma ciò sarà merito del giudizio, ed è noto che dal diritto preteso e non dal diritto effettivo prende norma la competenza.

3. *Connessione per l'oggetto* (*della domanda*) esiste forse soltanto *se l'oggetto è individuo?* se un legatario, per es., domanda da più eredi un cavallo a lui legato? se invece il legato consistesse in una somma per se stessa divisibile? L'unità di cui parliamo è *morale*, come *morale* è lo scopo della legge, non moltiplicare i giudizi che possono terminarsi, e che è ragionevole abbiano a terminarsi avanti un solo giudice: l'esatta applicazione, io credo, della Legge 10, Cod. de jud. *Nulli prorsus audientia praebeatur, qui causae continentiam dividat, ut ex beneficii praerogativa id, quod in uno eodemque judicio poterat terminari, apud diversos judices terminetur*. Il giudizio è di fatto e di circostanza.

Articolo 99.

L'azione accessoria è proposta davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale.

Annotazioni.

1. L'*azione accessoria* si mostra sotto tre aspetti differenti: 1° è la *domanda degli accessori che si svolgono dalla medesima azione*, rappresentandone l'ampiezza, e aumentandone il valore. Tali sono gl'interessi scaduti e da scadere, l'emenda dei danni, conseguenza

della vittoria principale, le spese del giudizio; 2° più presto che *accessoria*, la *domanda è secondaria* se discende da una principale, ma pure avente un oggetto distinto e proprio. Tizio domanda la rescissione di un contratto per lo inadempimento dell'altra parte, ed *oltre* ciò la penalità stipulata; o, chiesta una somma per riparazione d'ingiurie, insiste per la palinodia e per la pubblicazione della sentenza nei giornali; 3° finalmente può chiamarsi, e si chiama in effetto *accessoria l'azione che si associa ad un'altra, dalla quale in effetto sgorga e deriva*, rappresentando nella loro composizione e nel loro insieme il gius che si richiede in giudizio; azione per altro sì distinta per se stessa, che, separatamente proposta, potrebbe anche statuire una diversa competenza. Avrei bisogno di più parole a chiarire il concetto, ma posso farlo ancor meglio con un passaggio del Poncet « Quand nous disons que la nature de l'action dépend de l'objet qui lui est propre, *c'est de l'action principale* seulement que nous entendons parler; *car si elle n'est que accessoire à une autre* elle suit la condition de celle-ci, d'après la maxime *accessorium sortitur principalis naturam* Ainsi l'action hypothécaire est réelle-immobilière par elle même, mais si elle adhère à une action personnelle.. elle suit la sorte de cette action » Perciò l'azione di rivendita in forza del patto di riscatto essendo principale e causativa, è giudicata personale, per l'effetto della competenza, eziandio che si domandi la restituzione o consegna del fondo venduto.

2. L'articolo non dispone, nella sua generalità, che intorno all'*azione accessoria* osservata nei due primi punti, benchè nel terzo la connessione sia ancora più intima e quasi viscerale, ma il suo tema appartiene al diritto civile e agli ordini della scienza: sfugge alla legislazione della forma. L'azione accessoria nei primi due aspetti è precisamente *aumentativa*, e può dar luogo a una questione di valore; nel terzo è piuttosto un'evoluzione logica e il complemento dell'azione stessa. Non è sempre necessario che le azioni accessorie siano proposte colla principale; esse possono altresì formar subbietto di domanda separata, niente ostando che dopo l'aggiudicazione del capitale si possa in altra sede domandar gl'interessi; e allora la domanda sta da sè, non avendo più ragione di accessorio.

Scopo dell'articolo è stabilire che *l'autorità competente per l'azione principale* lo è altresì per l'accessoria; ciò in relazione *all'oggetto*. Se competente fu il tribunale di commercio per la somma capitale, sarà pure competente per liquidar gl'interessi; non perdendo la domanda il suo carattere d'accessoria per esser proposta separatamente.

Articolo 100.

L'autorità giudiziaria, davanti cui pende la causa principale, è competente a conoscere, eccettuato il caso d'incompetenza per materia o valore, e salvo quanto è stabilito negli articoli 101 e 102,

1° Dell'azione in garantia;

2° Della compensazione;

3° Dell'azione in riconvenzione dipendente dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, o dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione

Annotazioni.

1. Mercè il nuovo metodo letterario del Codice di procedura, vediamo posti al luogo che loro appartiene, e nell'enunciato stesso della sezione *connessione* o *continenza di causa*), in certo modo definiti i tre fatti giuridici che l'articolo contempla; i quali sono vere *azioni*, che si staccano da punti opposti per congiungersi in un solo giudizio *æquitate suadente* Le tre azioni considerate nell'articolo appartengono oggettivamente al *jus defensionis*, ma differiscono dalle *eccezioni*, poichè l'eccezione nega l'azione, e dicesi ancora *azione repulsiva*, onde il giudice è investito della cognizione della eccezione essenzialmente e per necessità dell'ufficio suo. All'incontro le *azioni in garanzia*, la *compensazione* e la *riconvenzione* non si presentano alla cognizione del giudice che sotto forme distinte e sostanziali, hanno d'uopo di speciale domanda, ed emanano da cause giuridiche, coerenti bensì alle azioni principali e aventi un carattere omogeneo, ma tuttavia, nel loro modo di esistere, diverse. L'*azione di garanzia* differisce dalle altre due in ciò, ch'essa tende a scaricare la responsabilità del convenuto sopra un terzo, laddove quelle oppugnano per via di diminuzione

(compensazione) o di sovrapposizione (riconvenzione) la domanda dell'attore.

2. **Precedenti storici.** — Sino a Papiniano, sino cioè all'epoca di Marco Aurelio e di Antonino, furono ignote le riconvenzioni, mentre regnò il sistema formulario, secondo il quale il giudice sentenziando per una formola che gli era prescritta, non poteva aver competenza nella riconvenzione, perchè nella formola non contenuta. Perciò delle proprie azioni, anche appuntate in guisa da conquidere quella dell'attore, non poteva il reo valersi se non in separato giudizio. Le basi del diritto civile erano immortali, ma la sua evoluzione era progressiva, come avviene in ogni civiltà, e si domandava all'*aequitas* ciò che il diritto non concedeva. Papiniano trovò che la *reconventio* (egli però non usò questa parola che pare un trovato di tempi posteriori) poteva ammettersi ognora che contenesse una vera *mutua petitio*, e non constasse di azioni di diversa natura chè allora alle competenti sedi dovevano portarsi. Ma la *mutua petitio*, secondo la teoria del sommo dei giureconsulti, non era propriamente ed unicamente la *compensazione*: bastava che la *reconventio* cadesse *super eodem negotio*, per cui il giudice (pedaneo) era stato dato. Tizio citato coll'azione *venditi* a pagare il prezzo, poteva reagire perchè il compratore fosse condannato a liberare il fondo o a consegnarlo. Perciò, *quasi tacite prorogata notione*, al difetto della formola era porto rimedio purchè del resto, quanto alle persone *ejusdem fori*, fosse il giudice competente (Leg. cum Papinian. Cod. de sentent. et interloc.). Poi venne ad ampliare questa teorica la *Novella* 96, c. 2, e pare che il rigore della competenza *quoad forum* non fosse più osservato. Tutto ciò che si ha di umano e di giusto in siffatto ordinamento fu apprezzato dal diritto canonico, ove si trova scritto: *Judex etiam delegatus compellit actorem ad respondendum reo in causa reconventionis et utramque causam ordine successivo simul audiet et una sententia terminabit* (*Decret.*, lib. II, tit. 4) e noi possiamo dare *hoc jure utimur*.

3. Bisogna dare una qualche spiegazione al num. 3 dell'articolo.

La *riconvenzione* nel nuovo Codice è contrassegnata da alcuni requisiti, mentre negli anteriori nessuna nozione ci era data. La *dipendenza dell'azione in riconvenzione dal titolo dedotto in giudizio dall'attore* è per sè palese. Da uno stesso titolo può sorgere una domanda di compensazione, come un'altra azione avente un oggetto distinto; il locatore domanda le pensioni d'affitto, il conduttore in forza dello stesso contratto, la riparazione dei locali affittati. La seconda parte dell'articolo, con una locuzione alquanto oscura, *o dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione*, sembra voler dire che il reo può dedurre anche dai suoi propri documenti il fondamento della domanda riconvenzionale, ove da essi scaturisca la eccezione che direttamente combatte l'azione; nel che suppone non più identico, ma diverso titolo. La legge esige un nesso, un rapporto di convergenza fra i mezzi di contrasto e di opposizione che vengono a misurarsi sullo stesso terreno, e in questo caso il nesso si trova tra la stessa eccezione e l'azione riconvenzionale. Tizio che aveva fatta una locazione con Caio, domanda il pagamento dei fitti, e Caio porta un documento dal quale crede risultare una novazione, un contratto nuovo, una vendita per esempio. La eccezione è di novazione, ma in via di riconvenzione, e in forza di quel medesimo titolo, domanda a sua volta che gli sia consegnato il fondo che pretende a lui venduto. Fra tali confini la legge ha voluto circoscrivere la riconvenzione, a prevenire le vaghe escursioni su campi alieni dal centro della discussione, e insieme a determinare il genere di prova che solo ammette.

Quanto alla limitazione in ordine alla materia o al valore vedi l'articolo seguente.

Articolo 101.

I conciliatori e i pretori conoscono delle azioni in riconvenzione che, sole o riunite, sono per materia e valore nei limiti della loro competenza, quantunque riunite alla domanda principale la eccedano.

Quando le azioni in riconvenzione eccedano per materia o valore i limiti della loro competenza essi devono rinviare le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per quelle in riconvenzione.

Annotazioni.

1. Disse Henrion de Pansey: Vi ha riconvenzione quando *per difesa a una domanda principale si oppone un'altra domanda principale*. Ciò è ottimamente detto. Nasce una vera

prorogazione della competenza del giudice, secondo quel concetto di Paolo *qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones et ad eumdem judicem mitti* (*Framm.* 22, *de judiciis*). Reo, non sarebbe stato condotto avanti quel giudice, che non è quello del suo domicilio: attore, è costretto a subire le azioni che in via repulsiva gli sono opposte e in quella sede piatirne. Per altro anche nel diritto romano s'incontrano le limitazioni. Onde il Donello: *Actor non cogitur cujusvis excipere actiones, non quovis tempore, non quibuslibet in causis; quae cautiones sunt quibus definitionem temperari oportet* (*De jure civili*, lib. XXII, cap. VIII, n° 13). Non è dunque assoluta la prorogazione della competenza, anzi ha certe dighe affatto insormontabili. Il giudice incompetente per materia e valore (e il conciliatore lo è assai facilmente) non diventa competente *per connessione*. E questo dicasi dell'azione, che per parte del reo s'innalza contro quella che l'attore ha spiegata: della eccezione non mai. *La eccezione è la difesa*, e limitarne al giudice la cognizione, sotto pretesto che supera la sua competenza, implicherebbe la negazione del diritto di difesa. D'altronde è sempre la domanda che decide della competenza. Quindi il giudice inferiore può e deve occupare eziandio di apprezzare quei titoli e quei diritti che, proposti in via di azione, avanzerebbero di gran lunga la breve podestà di cui si cinge, il conciliatore può bene metter lo sguardo e spaziare colla mente in un titolo che accoglie i maggiori diritti *non ut de iis pronunciet*, per trovarvi la giustificazione di quella domanda di 25 o 30 lire, che gli è presentata (Leg. 4, Cod. de ordine judic.).

2. La *materia* commerciale, penale, amministrativa, il *valore*, come misura della giurisdizione, stanno fuori da ogni *privatorum pactum*: irremovibili basi dell'ordine giudiziario. Il concorso di un elemento superiore di competenza non toglie *per necesse* e per regola alle cause connesse il carattere unitario che hanno dalla natura delle cose, nè alla trattazione la unità del procedimento, come la nota dirà all'articolo che segue. Ma la manifestazione di quell'elemento porta la incompetenza del giudice adito; così se una opposizione veramente connessa ed essenzialmente commerciale si eleva in un giudizio civile, il giudice civile perde competenza, senza che giovi il rispondere che la giurisdizione civile *è la giurisdizione universale*, come fu creduto per tanto tempo: guardiamoci da questo errore. Razionalmente la divisione delle giurisdizioni procede dall'analisi delle varie obbiettività del diritto, allo scopo, è vero, della comune utilità, poichè la stessa separazione delle materie civili dalle commerciali, ed anche sino a un certo punto dalle penali, è in dominio del legislatore: ma una volta fermate, esistono per cause che loro sono proprie, e nessuna giurisdizione può darsi assorbente e universale.

Articolo 102.

I conciliatori e i pretori conoscono della compensazione proposta contro la domanda dell'attore, se il valore del credito opposto in compensazione non ecceda i limiti della loro competenza, o se la compensazione si desuma da credito non impugnato.

Quando il credito opposto in compensazione sia impugnato ed ecceda i limiti della detta competenza, essi devono rinviare le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per la compensazione.

Se l'azione principale sia fondata su atto pubblico o giudiziale, scrittura riconosciuta, o confessione giudiziale, i conciliatori e i pretori possono ritenere la causa principale e rimettere le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per la decisione della controversia sul credito opposto in compensazione, e possono ordinare che la sentenza sia eseguita con cauzione.

Annotazioni

1. Fa d'uopo d'abbracciare in questa glossa anche l'ultima parte del precedente articolo per esprimere compiutamente, benchè succintamente, il mio pensiero.

I due articoli 101 e 102 si vengono ravvicinando per ciò che esprimono la natura delle *azioni in riconvenzione* e della *compensazione*, secondo il punto di vista del Codice, che ne

determina il singolare effetto allorchè si presentano con una importanza giurisdizionale maggiore di quella della stessa azione.

Voglio intanto avvertire chi mi onora della sua attenzione, che la *continenza di causa* e la forza di *connessione* non vien meno *pro absoluto*, ma solo per alcune ragioni assai bene ponderate della nuova legge, avvegnachè l'azione opposta sopravanzi la competenza del giudice inferiore (conciliatore o pretore). Cosa avviene allora, generalmente parlando? Avviene, e la frase calza benissimo, *uno spostamento di giurisdizione*. Le parti sono rinviate *davanti l'autorità giudiziaria, competente per l'azione principale e per quella proposta in riconvenzione*. Se davanti il conciliatore è portata una causa limitata all'oggetto di 30 lire, e la riconvenzione importi una cognizione entro il valore di lire 1500, è rinviata al pretore, nè fa che cumulato l'uno all'altro valore venga oltrepassata la competenza di lui, ricordando ciò che si dice nella parte prima dell'articolo 101. All'incontro, se l'importo della riconvenzionale fosse superiore alle lire 1500, converrebbe rinviare la causa al tribunale.

Nel nuovo Codice si è attribuito all'azione riconvenzionale una forza di coesione e di attrazione sconosciuta al precedente. L'art. 2 del Codice del 1859 aggiungeva al giudice di mandamento la cognizione della riconvenzionale entro i limiti della sua competenza, e del resto taceva: conseguenza era che superando la sua competenza, dovesse proferire il suo giudizio sull'azione, salvi i diritti del convenuto. Così decise la corte suprema sedente in Milano nel 1865. La maggior forza attribuita oggidì all'*azione in riconvenzione*, deriva, a parer mio, dai requisiti che si sono trovati necessari per costituirla. È ciò che ho dimostrato nelle annotazioni all'articolo 100.

Portiamoci alla *compensazione*, che è subbietto del presente articolo. Ben presto il sapiente legislatore viene tracciando i caratteri differenziali di codeste opposizioni. La *compensazione (debiti et crediti inter se contributio)* è di una maggiore tenacità, mi sia permessa l'espressione, e ferisce più diritto il cuore dell'azione. Perciò un nobile giureconsulto diceva di credere che la compensazione, quando è di pieno diritto (e lo è di sua natura), *non si deduce in giudizio se non per dedurre un fatto che il giudice non può dichiarare*: del resto *judicis sententia non ducit compensationem sed declarat*. Laonde appartiene all'ordine pure e semplice delle eccezioni e alla *difensa*, nè altro occorre quand'anche la somma dedotta in compensazione soverchi la competenza, bastando che sino alla concorrenza il credito dell'attore sparisca. Il che non accade mai della riconvenzione. Quindi è che la legge non vede alterarsi la competenza del giudice inferiore dal caso in fuori che il credito compensante *sia impugnato*. Allora è che sorge una vera e propria contestazione, e lo spostamento della giurisdizione (parte II dell'articolo).

2. Fin qui il carattere unitivo della legislazione è mantenuto. Il reo trascina l'attore e lo spinge fuori della sfera della sua natural competenza. Ma la legge sente che questo amore della unità e dell'economia dei giudizi vuol essere moderato. Quando l'*azione principale* è solidamente fondata *in un atto pubblico o giudiziale, in una scrittura riconosciuta o confessione giudiziale*, perchè mai sarà mandato ad altra sede, perchè dovrà soffrire indugi, incomodi e spese, mentre per parte sua l'azione è provata? Difatti l'articolo 4 del Codice del 1859 imponeva al giudice (dovrà) *ritenere la causa principale rimettendo le parti al tribunale competente per la sola decisione della controversia sul credito opposto in compensazione*. La legge attuale ne compone semplicemente una *facoltà al giudice*. E fece bene; trattasi d'apprezzare una controversia di fatto. L'opposizione può esser cavillosa, come potrebbe apparire onesta e legittima anche verso un'azione ottimamente fondata, aggiungo che buono provvedimento è pur quello di ordinare la *esecuzione della sentenza con cauzione*, onde mi è grato rassegnare un nuovo miglioramento della legislazione giudiziaria.

3. *Quaeritur* perchè all'*azione in rivendicazione la legge abbia dato una maggior virtù distraente che alla compensazione*: mentre la prima *obbliga* il giudice, quando eccede la sua competenza, *a rinviare le parti avanti l'autorità competente*, e la seconda non l'obbliga, ma lo facoltizza soltanto, e quel che è più, abilita il giudice a non aver punto riguardo alla opposta compensazione, ritenendo e giudicando il merito della causa? Vi sarebbe da maravigliare a tal risultato, se non si ponesse mente che l'*azione in rivendicazione* ha oggidì le sue basi e i suoi termini rigorosamente fissati: verificandosi i quali requisiti, la sua relazione coll'azione principale è apparentemente stabilita, laddove la compensazione, quantunque più direttamente rivolta ad eliminare il debito, è meno disciplinata, e può scaturire da qualunque mezzo di prova, anche verbale.

Ulteriori osservazioni sul contenuto negli articoli 100, 101, 102 (Dalla seconda edizione).

L'azione in garanzia aggiunge al giudizio pendente, un altro giudizio che introduce nuove persone ed ha un diverso oggetto, è un azione seconda, perchè di persona in persona può partorire altri giudizi ancora, generandosi l'una dall'altra responsabilità quasi catena di mutue obbligazioni. *L'azione in garanzia* essendo sempre pedissequa e cumulativa dell'azione principale, e non oppositiva, non può quindi essere aumentativa, non può cioè rendere più esteso e più ampio l'oggetto della cognizione proposta al giudice. Se Pietro ha domandato mille con azione personale avanti il pretore, e il convenuto Paolo chiami avanti lo stesso giudice Giovanni perchè lo tenga indenne di detta somma, e questi a sua volta chiami un altro garante, il valore della domanda che è mille rimane inalterabile. Ed è perciò che nel sistema di questi tre articoli non troviamo previsto alcun caso di estensione organica imposta ai giudici minori, salva ad essi la facoltà di separare l'azione in garanzia dalla principale, *se non sia in istato d'essere giudicata contemporaneamente alla domanda principale*, secondo l'articolo 199.

Il giudizio di garanzia può fornire importanti elementi al processo; i nuovi attriti, il contrasto che produce, il maggiore sviluppo delle difese possono giovare alla verità, ma soprattutto la legge apprezza l'unità, il concentramento dei giudizi intorno a subbietti, se non connessi, almeno correlativi, e quella che dicesi economia che raccoglie, semplifica e risparmia, per quanto è possibile, tempo e spese ai litiganti.

La *compensazione*, includendo il concetto del pagamento, offre un rapporto immediato e diretto colla domanda dell'attore, e se tale eccezione, di sua natura perentoria, non avesse bisogno di esser provata come l'azione medesima, darebbe fine al giudizio il quale, per così esprimermi, morirebbe nel luogo stesso in cui è nato. La eccezione però non solo deve provarsi come ogni altro pagamento, ma essendo un modo non naturale, bensì artificiale e giuridico di pagamento, deve provarsi con mezzi propri della sua natura.

Quantunque la compensazione abbia *l'effetto* del pagamento, troppo diversa è però la *relazione di causa*. Il pagamento è la soddisfazione diretta, reale ed obbiettiva del credito laddove la compensazione è un modo di estinzione indiretto, negativo ed oppositivo, solito exiandio chiamarsi immaginario. Nasce da ciò la facoltà di dividere l'azione dall'eccezione in materia di compensazione, procedura inammissibile ed assurda in materia di pagamento reale: non si è mai udito che opponendo il convenuto il pagamento del debito, il giudice risponda: intanto pagate, salvo di provare in altra sede di avere soddisfatto il debito, se ne togli certe condizioni di crediti privilegiatissimi, come d'imposte, che si reggono da leggi speciali, e dei quali non parliamo. In nessun caso poi l'eccezione del pagamento diretto può mettere in compromesso la competenza del giudice o sorpassarla.

Mosso da questo principio che la eccezione di compensazione è divisibile benchè un altro principio più generale, che è quello della economia ed unità dei giudizi, faccia forza perchè non si permetta la divisione, il legislatore dettò l'articolo 102. Esso è dedicato ai giudici che posseggono giurisdizione limitata, e non poteva essere scritto per quelle giurisdizioni che non conoscono limiti di valore, le quali hanno in dominio così l'azione come la eccezione, e giudicano per proprio diritto di tutta la causa. L'articolo consta di tre parti che presentano tre forme distinte della situazione giudiziaria.

Prima di nuovamente osservarle, giova fermarsi ancora un poco sulla natura della compensazione dal punto di vista de' suoi effetti in ordine al giudizio.

La distinzione fra la compensazione estintiva del debito *ministerio juris* e quella che richiede una decisione del giudice, non soltanto per dichiararla avvenuta ma per renderla operativa, è vera ed innegabile. Questa seconda maniera di compensazione può chiamarsi, se si vuole, *facoltativa*. Certo è ch'essa non comincia ad aver effetto se non dal giorno in cui la eccezione venne proposta in giudizio, poichè prima di quel tempo non ebbe le condizioni necessarie per produrre legalmente la estinzione del debito: quelle intendo che ho già accennate di sopra, e sono espresse nell'articolo 1286 del Codice civile.

In tal maniera si può compensare un debito con un credito che non acquistò liquidità e certezza che mediante una elaborazione esplicatasi nel corso del giudizio, alla quale il giudice non deve negarsi quando il credito opposto sia almeno genericamente fondato, e di apparazione e liquidazione non molto difficile.

Il nostro diritto civile, col sistema stesso delle leggi romane, non ha trattato che della compensazione pura, e di piena ragione estintiva del credito e del debito. Ma la legge del rito ci appalesa una maggiore ampiezza di ve-

dute, e niuna delle modalità della compensazione rimane esclusa. Per regolare la competenza dei conciliatori e pretori di fronte alla eccezione di compensazione elevata contro una domanda contenuta nella sfera della loro competenza, due elementi si fa a considerare la legge l'entità o valore del credito opposto, il fondamento di prova su cui è stabilita l'azione

Se l'azione principale sia fondata su atto pubblico o giudiziale, ecc., e il credito opposto supera la competenza del giudice adito, egli possiede la facoltà di statuire sulla domanda, salvi i diritti del convenuto da esperimentarsi in sede competente Non dovendosi della facoltà abusare ne segue che la divisione del giudizio e il rinvio della esecuzione non possono farsi *ad mentem*, per dir così, ma dovrà il giudice far ragione di due casi 1° del rapporto probatorio che esiste fra l'azione e l'eccezione, 2° del nesso razionale che le congiunge Se l'azione presenta il requisito di una dimostrazione superiore, se la eccezione non è strettamente legata coll'azione, ma può separatamente giudicarsi, la forma di azione, senza danno della giustizia, accoglie la domanda e riserva i diritti del convenuto Se all'incontro la domanda è bensì stabilita in documento di maggior forza provante, ma la eccezione non del tutto destituita di fondamento, è tale di sua natura che influisce direttamente sulla domanda, ed è pericolo disgiungerne la cognizione, il giudice rimette la causa nella sua interezza al magistrato competente.

Fin qui della eccezione di compensazione, la quale si propone coi modi stessi della riconvenzione (per comparsa o per incidente nei giudizi formali), e talvolta negli effetti si confonde, ma *l'azione in riconvenzione* è più ampia, più comprensiva

Difatti la compensazione si enuncia sempre quale eccezione la quale, ammettendo il credito originario dell'attore tende a mostrare che il credito è già stato eliminato e più non esiste in confronto di un altro credito che ne vale il soddisfacimento.

L'azione in riconvenzione si diversifica ed appare più ampia, in quanto mira a stabilire diritti che, secondo le viste del convenuto, hanno una sussistenza loro propria e prescindono o possono prescindere dal credito dell'attore, conciossiachè mentre la compensazione lo ammette, la riconvenzione può consistere colla negativa del credito e colla formazione di un credito nuovo e indipendente a favore dello stesso convenuto.

L'azione in riconvenzione è diversa e più ampia della eccezione di compensazione anche perchè dove, per la natura del subbietto non è ammissibile la compensazione, ha luogo questa forma di chiedere in simultaneo giudizio che chiamasi *riconvenzione*.

Poniamo gli esempi. *A* domanda in giudizio a *B* mille per titolo di corrisposte d'affitto; *B*. nega l'azione provando in via d'eccezione che *A*. non possiede più il preteso titolo di credito, avendolo ceduto a un terzo, e si riserba anche contro questo terzo le sue ragioni. Così adunque *B*. chiede assolutoria dall'avversaria domanda. Intanto in via di riconvenzione e in forza di quello stesso titolo sul quale *A* fondava la sua domanda, chiede che *A* sia condannato a consegnargli gli animali, gli attrezzi le scorte, ecc, al che si è obbligato nella scrittura d'affitto.

Fingiamo un altro esempio. *A*. istituisce il suo giudizio contro *B* per pagamento di mille. *B* invece deve avere da *A*. due cavalli. Ed essendo che *quantità* e *specie* non si compensano articolo 1287 del Codice civile non resta a *B* che di fare una domanda simultanea in riconvenzione

La riconvenzione più ampia potrebbe anche essere disgregata, diversa e sconnessa dalla domanda principale, se la nuova legge non avesse stabilita la base di rapporti che, senza costituire una perfetta continenza, formano fra le due azioni simultanee una convergenza razionale abbastanza apprezzabile onde mantenere la unità del giudizio. Discorrendo del l'articolo 100 ho spiegato, secondo a me parve, ciò che vuolsi intendere del titolo dell'azione o della eccezione dal quale emana la domanda riconvenzionale Aggiungerò poche parole. Avvisando la legge a quel titolo che *appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione*, dimostra quale specie di attinenza si desidera fra l'azione e la istanza in riconvenzione Il titolo dev'essere direttamente opponibile a quello dell'attore, e deve averne le attitudini logiche, se voi mi domandate mille, residuo prezzo di un fondo venduto, ed io oppongo un titolo di legato che non ha veruna inferenza col credito, non è da questo titolo che io posso cavare una istanza di riconvenzione, ma se i due crediti fossero scaduti ed egualmente liquidi, potrei eccepire la compensazione.

Data pertanto cotesta relazione logica fra l'azione principale e quella in riconvenzione, viene in palese il vero motivo per cui la legge tende a riunirne la cognizione, ed ordina al giudice di rinviare all'autorità competente se per materia e valore non sia competente egli stesso.

Articolo 103.

Le azioni per pagamento di spese giudiziali, di onorari a procuratori e periti, di diritti ai cancellieri, agli uscieri, e di salari e mercedi ai tipografi, e simili, sono di competenza dell'autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che diede occasione alle dette azioni.

Per le cause di cassazione si osserva il disposto dall'articolo 571.

Annotazioni.

Questa legge suppone una causa precedente *in occasione della quale* si acquistò il diritto che ora s'intende esercitare; e da ciò trae il criterio della competenza. Il magistrato che fu già investito della causa si reputa il meglio informato per rispondere prontamente alla domanda degli avvocati (dimenticati nel testo), dei procuratori, dei periti, ecc., per applicare con giusta misura gli onorari; ma un'altra ragione si aggiunge, estensiva anche a coloro che prestarono in qualunque modo materiali al giudizio, come i tipografi, i copisti, ecc. Dee questo considerarsi, per la utilità dei creditori, un'appendice del giudizio principale; e non perde tale carattere o si domandino gli onorari, ecc., pendente ancora il giudizio del merito (se per esempio il procuratore fosse stato surrogato da un altro pendente il giudizio), o la istanza si faccia dopo terminato il giudizio.

Ne segue, come io diceva testè, non aversi ragione per effetto della competenza, nè di valore nè di grado; cosicchè se una corte d'appello decise la causa di merito, il procuratore, ecc., può citare *ex primo* avanti la corte stessa, con rito sommario, il suo cliente anche per una somma inferiore a lire 1500. Dovendo decidere la corte, la sentenza sarà inappellabile, ma potrà ricorrersi in cassazione. Forma eccezionale e derogatoria delle regole comuni non senza interesse della giustizia.

Aggiungerò qualche altra osservazione dopo l'articolo 131 e all'articolo 571.

Articolo 104.

Quando una stessa causa sia stata promossa davanti due autorità giudiziarie ugualmente competenti, o quando una controversia sia connessa ad una causa già pendente davanti un'altra autorità giudiziaria, essa deve decidersi da quella davanti cui è stata promossa preventivamente.

La citazione determina la prevenzione.

Annotazioni.

Identità — connessione. Come mai *la stessa causa* può esser portata avanti due autorità ugualmente competenti?

È facile il mostrarlo. Tizio domanda un legato di somma contro Caio erede testamentario. Sullo stesso tempo Caio fa istanza perchè si abbia come non scritto il legato, pel motivo, suppongasi che il legatario è morto prima del testatore. Il primo cita avanti il tribunale di Livorno, perchè ivi è domiciliato Caio. Il secondo, avanti il tribunale di Parma, perchè ivi è domiciliato Tizio. L'uno e l'altro tribunale sarebbe competente, ma onde nascano sentenze contraddittorie, uno di essi deve cedere, ed è quello al quale è stata portata la causa con citazione di tempo posteriore. In realtà è *la stessa causa* versando immediatamente sullo stesso oggetto, perchè il legato non può esser dovuto e non dovuto ad un tempo, sebbene nell'una istanza si affermi e nell'altra si neghi, secondo il diverso punto di vista dei petenti.

Che dire se la citazione sia del medesimo giorno, e dalla relazione dell'usciere non risulti l'ora della intimazione? Si potrà far luogo al regolamento di competenza (art. 108).

SEZIONE IV.

Disposizioni relative agli stranieri.

Articolo 105.

Lo straniero che non ha residenza nel regno può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno, ancorchè non vi si trovi:

1° Se si tratti di azioni su beni immobili o beni mobili esistenti nel regno;

2° Se si tratti di obbligazioni, che abbiano origine da contratti o fatti seguiti nel regno, o che debbano avere esecuzione nel regno;

3° In tutti gli altri casi in cui possa ciò farsi per reciprocità.

Annotazioni.

1. Io suppongo addirittura la nozione di *straniero*, che d'altronde è determinata dal Codice civile in quel largo orizzonte che conviene alla nostra civiltà, e passo avanti all'esame delle disposizioni di procedura.

Noto in generale che nei tre articoli della presente sezione non si tratta di attribuire allo straniero la partecipazione di alcun diritto attivo dello Stato (non essendo neppure contemplato nella qualità di *attore*), ma invece di subordinarlo ai nostri tribunali. L'articolo 105 ha due elementi negativi, che sono dichiarati inconcludenti rispetto ad un terzo positivo che serve di punto di appoggio allo Stato per affermare la propria giurisdizione sullo straniero. Sono gli elementi negativi e trascurati nelle cause civili 1° che lo straniero non abbia *residenza nel regno*, poichè può averla (articolo 106, num. 1), 2° che la contrattazione non sia avvenuta nello Stato. L'elemento positivo è triplice, ed ognuno dei tre è fattore di competenza, come nei tre distinti numeri dell'articolo si rileva.

2. È osservabile che una linea perfetta di divisione è tirata fra l'*azione reale* d'ogni specie e la *personale*, che è soggetta particolare dell'articolo 107. Nelle cause tra nazionali l'*azione reale mobiliare* è parificata per gli effetti della competenza alla *personale* (art. 90) fu seguita la finzione giuridica, che è nello stesso tempo una verità logica, che i mobili si intendono accompagnare la persona: la verità diventa apodittica quando si tratta di diritti incorporali. Una necessità incontestabile ha fatto limitare codesta determinazione rispetto allo straniero. La barriera che divide uno Stato dall'altro, divide, per così dire, la persona dello straniero dai mobili qui esistenti, d'altra parte quei mobili possono essere sequestrati, e non deve il cittadino privarsi di questo vantaggio mentre va in cerca del suo debitore in paesi lontani. Quanto alla *proprietà immobiliare* ogni Stato reclama a sè la protezione esclusiva dei diritti che la riguardano. Ciò è elementare nel diritto pubblico comune ad ogni Stato, e non è altro che la sovranità del proprio territorio.

3. Anche il *forum contractus* appartiene ai principii scientifici della competenza nazionale. Certamente quei contraenti ad essa si assoggettarono. *Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est, ut ubicumque aliquis obligetur contrahi videatur* (Leg. 20 de judic.). Questo testo pone in essere due cose: il principio della competenza, e la varia natura dei fatti che la producono. Perciò la nostra legge (num. 2) parla *e di contratti e di fatti* onde l'obbligazione *ha origine*. Tre serie di obbligazioni quindi vi si contengono: 1° i *contratti* propriamente detti; 2° i *quasi-contratti* (articoli 1140 e seg. del Codice civile; 3° i *delitti e quasi-delitti* articoli 1151 e seg.). Aggiungo che ogni obbligazione *diretta* o *indiretta* dello straniero verso il nazionale è contenuta nella disposizione, perchè obbligazione contratta nello Stato, o causata da quella in un rapporto qualunque. Ogni distinzione pertanto mi sembra oziosa (V. Foelix, *Droit international*, n° 147, Massé, tom. II, n° 196). Vero è che quanto al modo con cui le

beni immobili o mobili di spettanza dello straniero percossi dall attore con azione reale.

L'azione *reale mobiliare*, io osservava, viene considerata *personale* per l effetto della competenza, supponendo che il mobile sia compagno alla persona. Secondo questo principio, dovendo noi citare lo straniero in un giudizio nel quale rivendichiamo una cosa mobile, si dovrebbe andarlo a cercare a casa sua, e per non far questo, rinunciamo volontieri a quel fantasma della nostra mente che il mobile sia quasi un aggregato della persona.

Ciò è vero in punto di vista piuttosto astratto, ma, in concreto parlando, il nostro sistema è già avvezzo a fare di codeste separazioni, avendone l'esempio nell'art. 91 rispetto al luogo *ove si trova la cosa mobile*. Vi ha poi il massimo interesse per il cittadino di sequestrare immediatamente la cosa mobile dello straniero prima che sia trasportata altrove, e già si rileva il fondamento netto di questa competenza che si attribuisce lo Stato.

Quanto *agli immobili*, non facciamo che seguire la regola dell'azione reale immobiliare che meno che mai deve piegare per favorire lo straniero il quale dal suo stesso possesso è tirato sotto l'azione territoriale che impera qui come in ogni altro paese, quanto si tratta di perseguire la cosa immobile.

Non ho detto male neppure nelle ultime parole della nota suddetta. Voglio far riflettere ch essa non è punto in disarmonia colle nuove osservazioni da me fatte sull'articolo 94, che riguardano la successione dello straniero. Difatti altro è che la successione venga aggiudicata secondo le leggi nazionali del paese del defunto, ed altra cosa è che in questioni di competenza per la rivendicazione di un immobile pertinente allo straniero ma esistente nel regno, non si abbia a seguire la legge giudiziaria dello Stato.

Articolo 106.

Oltre i casi indicati nell'articolo precedente, lo straniero può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno per obbligazioni contratte in paese estero:

1° Se abbia residenza nel regno, ancorchè non vi si trovi attualmente;

2° Se si trovi nel regno, quantunque non vi abbia residenza, purchè sia citato in persona propria.

Annotazioni.

L'articolo precedente risolve la competenza per ragione, si può dire, di materia, mentre la giurisdizione dello Stato trae a sè lo straniero in virtù di fatti la cui apparizione storica appartiene al suo territorio: ma ora comincia una relazione pura e semplice di *persona a persona*; lo straniero è tratto a noi dal nudo fatto della sua obbligazione personale verso un cittadino dello Stato. Nondimeno si richiede qualche altra cosa per parte sua onde ritenerlo soggetto alla nostra giurisdizione, la sua abitazione nello Stato (*residenza*, a differenza del *domicilio* che gli darebbe qualità di cittadino), o la sua momentanea degenza allorchè egli vi sia, per dirlo con una frase espressiva, sorpreso dall'usciere che gli consegna in persona l'atto di citazione. Vera sorpresa, poichè dipende da un *accidens*: transitando per un paese d'Italia con tutt'altra mente che di vincolarsi alle sue leggi giudiziarie, si vede condotto ai tribunali. È semplicemente il *transito* che la legge considera, se vuole aversi il debito riscontro avversativo al fatto della *residenza*, oggetto del num. 1.

Articolo 107.

Quando lo straniero non abbia residenza, dimora, o domicilio eletto nel regno, nè vi sia stabilito un luogo per l'esecuzione del contratto, l'azione personale o reale su beni mobili è proposta davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui l'attore ha domicilio o residenza.

Annotazioni.

Questioni. — *a*) Un grave dubbio si eleva intorno a questo articolo, che è d'uopo risolvere per non fraintendere il sistema del Codice in un tema che è fondamentale nel nostro diritto pubblico, e ripercuote il diritto internazionale. Il dubbio è se sia applicabile l'arti-

colo qualora l'*obbligazione dello straniero verso il nazionale sia stata contratta all'estero*. Motivo di dubitare è il silenzio della legge. Se non che gli è il caso proprio dell'*inclusio unius exclusio alterius*. Tre negazioni sono nella legge: di *residenza* e *dimora*, di *domicilio eletto*, di *luogo stabilito per l'esecuzione*; il forestiero che non si provvede di veruna di codeste cautele, non avrà a dolersi se è citato avanti l'*autorità giudiziaria del luogo ove ha domicilio o residenza l'attore*. Questa però sembra a me una questione di determinazione *speciale* di competenza. Ma nel rispetto della *competenza generale* dello Stato, ed affinchè il presente articolo abbia un significato, sono nel fermo avviso che l'obbligazione debba *avere origine da contratti o fatti seguiti nel Regno*. Senza ciò non si vede come in questa faccenda potesse introdursi lo Stato, ogni relazione territoriale mancherebbe: lo statuto personale, entro i limiti del quale ogni cittadino di qualunque Stato rappresenta la indipendenza del proprio paese, sarebbe offeso, e si può mantenere esser impossibile che il legislatore abbia voluto legittimare tanta esorbitanza.

Ho bisogno di spendere qualche altra parola su questo interessante argomento. Io mi compiaccio di così interpretare l'articolo che avrei desiderato più chiaro: me ne compiaccio, perchè la sua disposizione sarebbe esorbitante, perchè avrebbe tralignato, e dal poco progressivo Codice albertino, di cui sono ancora calde le ceneri io scriveva nel 1865, e dalle Costituzioni piemontesi (RR. CC., l. III, t. II, §§ 8, 9, 10), e conviene pur dirlo dai vecchi esempi, e non sempre informati a civiltà, di un gran popolo che gli altri popoli chiamava barbari (Leg. 19 § 1 e 2 Dig. de judic.; Colero, *Tract. de processu executivo*, part. I, cap. III, num. 179). Avrebbe imitato la legge francese, che in effetto traduce ai tribunali lo straniero per ogni obbligazione, fuori o dentro Francia, incontrata con un francese. L'articolo 14 di quel *Codice* fu segno di mille censure, alcuni degli stessi tribunali francesi se ne vergognarono e lo rifiutarono (Sirey, 1827, part. II, pag. 176, conclusione del pubblico ministero). Tutti o quasi tutti gli altri codici se ne sono astenuti, e hanno cercato un punto d'appoggio alla giurisdizione nazionale o nel *forum contractus* o nel *forum administrationis*, o nel *forum arresti*, in una relazione insomma col territorio dello Stato.

b. *Perchè nell'art. 107 si sarebbe implicitamente ripetuto ciò che si vede già espresso nel primo periodo del num. 2 dell'art. 105?* Ai pratici non isfuggirà il dubbio. E io dico che quivi fu espressa una delle condizioni per cui esiste la *competenza generale* dello Stato, cioè, *se trattisi di obbligazioni che abbiano origine da contratti o fatti seguiti nel regno*: invece nell'articolo 107, ove si determina una delle forme della *competenza speciale*, è sottintesa a significare che l'articolo non ha il suo effetto se non si verifichi quella medesima condizione. Da questo un altro dubbio rampolla. *L'articolo 107 deroga forse al principio stabilito nell'articolo 91, ove si dichiara che l'azione personale o reale sui beni mobili si può proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu contratta la obbligazione?* A parer mio, no. La disposizione che è più coerente alla ragione giudiziaria, più logica e normale, sarebbe sacrificata ad un'altra che rovescia il sistema razionale dei giudizi, deducendo la giurisdizione dal *domicilio dell'attore*, che deve considerarsi del tutto eccezionale, *et exorbitatis imperii prodita*. Io credo adunque che quest'ultima non operi se non quando s'ignori e non possa provarsi in qual luogo del territorio precisamente l'*obbligazione sia stata contratta* ai termini dell'articolo 91, benchè in genere risulti che nel territorio ebbe origine.

c. *Le autorità giudiziarie del luogo hanno podestà di giudicare in ogni caso le contestazioni relative ad obbligazioni personali tra due stranieri se il convenuto dimora nel regno?* Ho posta così la questione, perchè supponendo che lo straniero abbia un domicilio reale nello Stato (e potrebbe averlo senz'aver acquistata la naturalità), dovrebbe riputarsi cittadino *per quanto riguarda la competenza giudiziaria* (Pisanelli, *Trattato della competenza*, *Commentario al Codice sardo*, vol. I, part. I, num. 184). Io adotto questa opinione senza discuterla: mi manca lo spazio. Suppongo adunque soltanto la condizione della *residenza o dimora*. Ricordo intanto la giurisprudenza francese che si è spinta oltre ogni limite. Una quantità di decisioni si riscontra nel repertorio del Dalloz, una fra le altre della corte di cassazione, del 19 maggio 1851, nella quale si annuncia la dottrina colà dominante: « In principio e generalmente è stato ritenuto che i *tribunali francesi sono incompetenti per giudicare le contestazioni nate e sollevate tra gli stranieri, anche residenti in Francia, sia che queste contestazioni prendano origine da fatti avvenuti in Francia o in estero paese* ». Gli scrittori civilisti accettano comunemente questa dottrina in tutta la estensione se si eccettuano gli affari commerciali, o la concorde volontà delle parti (Merlin, *Repertoire*

v° *Étrangers*; Toullier, tom. i, num. 265; Duranton, tom. i, num. 152; Marcadé, art. 25; Pigeau, *Proc. civ.*, l. 1, p. 100, Carré, *Compétence*, tom. i, num. 21, ecc.). I pubblicisti, governandosi coi principii della scienza, sentono altrimenti (Foelix, *Droit international*, num. 167 e seg., Massé *Droit commercial*, tom. ii, num. 167 e seg.; Saloman, *Condit. jur. des étrangers*, pag. 94, ecc.). Codesti scrittori biasimano la legislazione francese come contraria al diritto delle genti, e ad essi si associa il Pisanelli (num. 481). Si allegano eziandio qua e là alcuni esempi delle stesse corti di Francia, che sono venuti temperando il diritto scritto in favore delle idee progressive. Bisogna però avvertire, che il favore di cui parliamo non si pronuncia che rapporto alle *contrattazioni fra stranieri avvenute in Francia*, poichè in ordine a quelle avvenute all'estero, lo stesso Massé, che abbiamo citato tra gli scrittori più avanzati, nell'altro caso si dichiara contrario, non essendo nello Stato radice alcuna di competenza: *neque ratione domicilii, neque ratione contractus, neque ratione dominationis*, insomma incompetenza assoluta.

Intanto fissiamo come regola, che la volontaria adesione degli stranieri ai nostri tribunali costituisce giurisdizione, come molte volte essersi giudicato prova il nostro Pisanelli, nel detto *Trattato*, num. 483, nota. Ciò escluderebbe in principio l'*incompetenza assoluta*; sarebbe soltanto relativa *ratione personæ*.

In secondo luogo si ritiene la competenza in *materia commerciale*, nelle condizioni stabilite nei num. 1 e 2 dell'articolo 105, e nel capoverso dell'articolo 91 (francese, art. 420). Conviene lo stesso Merlin, luogo citato; Pardessus, num. 417; Toullier, t. i, num. 265.

Opino che la *residenza* del convenuto in un punto del territorio basti a legittimare la competenza dello Stato in ognuno dei tre casi mentovati nell'articolo 105, ma sono costretto ad escluderla pei *contratti fatti all'estero*, senza concorso o interesse del nazionale, ma puramente fra stranieri, e *non eseguibili nel regno*, attesochè, pei principii generali del giure internazionale, non potrebbero estendersi a tanto, nella cauta parsimonia del loro dettato, le disposizioni del nostro Codice.

CAPO II.

DEL MODO DI REGOLARE LA COMPETENZA FRA I GIUDICI, E DEI CONFLITTI DI GIURISDIZIONE.

Articolo 108.

Quando una medesima causa o due cause tra loro connesse siano promosse davanti due o più autorità giudiziarie, la domanda per il regolamento della competenza deve essere proposta davanti quella autorità giudiziaria immediatamente superiore, da cui le medesime siano dipendenti.

Annotazioni.

1 Il regolamento di competenza nell'attribuire al giudice superiore una facoltà d'ordine, non esclude quella, che è connaturale ad ogni giudice, di dichiararsi incompetente. Ma la legge suppone, e muove appunto da questa considerazione, che *una medesima causa o due cause connesse siano promosse davanti due o più autorità giudiziarie*. Siamo in presenza di un vero pericolo; nella unità della causa, che qui può definirsi pel suo oggetto, la moltiplicità dei giudizi è assurda: pericolo adunque nella possibilità di sentenze opposte: assurdo e ripugnanza logica. Da ciò l'intervento dell'autorità superiore per riparare al disordine e al minacciato scisma giudiziario, essa, dominando dall'alto la questione, è per ogni rapporto in grado di provveder meglio che l'uno o l'altro giudice non possa fare nel suo punto di vista limitato e parziale perciò, senza derogare in massima alla facoltà che ogni magistrato ha di pronunciare la propria incompetenza, la legge spiega una decisa tendenza

(V. articolo seguente) di trasportare ad altra sede la cognizione del *dubbio* o del *conflitto*.

2. Il concetto della *medesima causa* e delle *cause connesse* è certamente diverso. Ben può dirsi la prima *unità assoluta*, e l'altra *relativa* componendosi questa unità, che chiameremo per un momento impropria, di elementi ora razionali, ora convenzionali, che costituiscono la *utilità*, non sempre la *necessità* del giudizio unico. La *identità*, che quanto alla prima si comprende, richiederebbe il concorso degli estremi rigorosi della *exceptio rei judicatae*; ma in confronto di questa legge è questione inutile. Basta che le cause siano connesse, il tribunale superiore conoscerà se lo siano.

3. Per le Leggi 1° dicembre 1790 e 27 ventoso, anno VIII, le istanze *en règlement des juges* si portavano alla corte di cassazione. Nel sistema del Codice di procedura civile (francese articoli 363 e seg.) non fu riservato alla corte di cassazione il decidere sulla competenza che in uno di questi due casi: o che la medesima causa (*un différend*) fosse portata avanti due tribunali dipendenti da due diverse corti di appello, o avanti due corti di appello. Non disponevano altrimenti gli articoli 102 del Codice sardo del 1854, e 42 di quello del 1859.

Il nostro legislatore ha trovato che quella lunga enumerazione che rendeva prolisso l'articolo 42, poteva restringersi in un pronunciato complessivo. Onde nacque l'articolo 106. Dubito che questa volta la brevità non sia in danno della chiarezza. Provvede forse almeno letteralmente, l'articolo a quella condizione di cose che nelle due citate leggi fu presa in calcolo? Può credersi che l'*autorità immediatamente superiore alle corti d'appello* sia la cassazione; ma mi permetto di osservare che la locuzione non sarebbe la più esatta. La cassazione non è *superiore a questo o a quel tribunale*, il che suppone una relazione specifica e graduale; è *suprema*. E se vuol dirsi *superiore*, lo è pure *immediatamente* non meno al tribunale che giudicò in secondo grado. Fortunatamente la questione non è che di parole per quella viva luce che ci mandano le leggi anteriori, onde si spiega quest'*autorità immediatamente superiore* alle corti d'appello essere appunto la cassazione. Un caso però è rimasto fuori della disposizione del presente articolo: quello del conflitto fra più tribunali *dipendenti da diverse corti d'appello*. Credo doversi risolvere nel modo proposto nell'indicato art. 42, cioè *doversi fare la istanza alla corte di cassazione*.

4. **Questioni.** — *a*) *Se il presente articolo sia da applicarsi nella ipotesi di un conflitto fra due autorità giudiziarie di grado ineguale.* È dalla nostra legislazione precedente che si solleva principalmente il dubbio; da quella legislazione che noi abbiamo appunto invocata per chiarire qualche altra oscurità dell'attuale. In essa ed in quella del 1854, e indietreggiando sino alla francese, non si veggono contemplati che giudici d'ugual grado. Nel *Repertoire* del Dalloz s'insegna una dottrina, e qualche decisione si rammenta che verrebbe in aiuto dell'opinione negativa nel tema speciale di due cause, l'una pendente avanti un giudice di mandamento, l'altra avanti un tribunale, comunque entrambi nel territorio della stessa corte d'appello; e si vuole doversi ricorrere alla corte di cassazione, essendochè la prima non avrebbe una giurisdizione di ugual grado sopra quei magistrati, e superiore gerarchico immediato del giudice di mandamento sarebbe lo stesso tribunale. Questa giurisprudenza è respinta dal Chauveau in Carré, q. 1326, *bis*, e l'obbietto è troppo debole per meritare una seria confutazione. Pare che la nostra legge abbia voluto sgombrare il dubbio (che nella passata era gravissimo), contentandosi di quella espressione generale *due o più autorità giudiziarie*, che possono intendersi eziandio di grado non uguale. Ma io suppongo che il giudice di mandamento e il tribunale dipendano, come avvertii, dalla stessa corte d'appello.

b) *Se fra un giudice inferiore* (pretore) *e un tribunale residenti in diversi distretti di corti d'appello si manifesti il conflitto, a quale autorità giudiziaria se ne porterà la cognizione?* Suppongo possibile questo caso come il precedente, nonostante l'osservazione che farò *infra*, nota n° 3 dell'art. 109. Le seguenti espressioni ci varranno a guida... *deve essere proposta* (la domanda) *davanti quell'autorità immediatamente superiore*, DA CUI LE MEDESIME SIANO DIPENDENTI. È necessario di fatti che l'autorità, che arbitra si asside in mezzo a loro, abbia *sopra amendue giurisdizione*. Nei precedenti codici, nei quali le molle di questo sistema erano, per così dire, messe allo scoperto, si vedeva sempre la giurisdizione appuntarsi nel vertice di un angolo comune. Nel conflitto pertanto tra un'autorità minore sedente nel distretto della corte di B., e un'altra anche maggiore sedente nel distretto della corte di C. (facilissimo per la diversità dei domicili dei convenuti), forza è salire alla corte suprema.

c) *Fra più consigli di famiglia, arrogatisi attribuzioni opposte e incompatibili, ha*

luogo il regolamento di competenza? Pochi giorni sono (scrivendo nel 1865) la massima fu ritenuta dalla corte suprema di Torino, alla quale ho l'onore di appartenere (sentenza dell'11 gennaio 1866, in causa Costa, relatore Canino).

Stefano Costa, nato a Sestri Levante, morì in Bastia Corsica nel 1863. Il console italiano ivi residente, convocò un consiglio di famiglia, fu nominato il tutore alla figlia unica e minore del defunto; si provvide che i proventi del ricco patrimonio, composto in gran parte di capitali investiti e di rendite pubbliche, fossero depositati presso banchieri di Parigi. Qualche tempo dopo il tutore si volge al giudice del mandamento di Sestri Levante; gli fa istanza per la convocazione di un consiglio di famiglia che statuisca sulla educazione della fanciulla e sopra altre cose del patrimonio, ritenuto che, essendo quello il domicilio originario del defunto, ivi si dovesse trattarne, quasi cessata la giurisdizione di quello che fu già aperto occasionalmente in Corsica. Ma il giudice si disse incompetente, atteso l'essersi aperta altrove la tutela, il tribunale di Chiavari confermò la sentenza. Per una legge speciale la corte di Genova è investita del diritto di giudicare simili conflitti. Nel 24 settembre 1868, e precisamente *in regolamento di conflitti*, decise per la giurisdizione del console di Bastia e del suo consiglio. La corte suprema riconobbe senza difficoltà *che la legge deve per urgente analogia estendersi o, forse meglio, applicarsi etiandio ai conflitti che nascono fra i consigli di famiglia, come fra i tribunali*, annullando però la sentenza della corte di Genova, poichè conflitto non c'era; non vi erano due consigli di famiglia, nè due consigli di famiglia si erano posti in opposizione fra loro.

Articolo 109.

La domanda può farsi durante il giudizio, nel quale sia stata proposta la declinatoria del fôro per litispendenza

Essa può farsi anche dopo che la declinatoria per litispendenza sia stata rigettata, in prima istanza o in appello, con sentenza che non abbia deciso il merito della causa, o l'abbia deciso, ma sia stata pronunziata da una autorità incompetente a provvedere sul regolamento della competenza.

Quando l'autorità giudiziaria, che rigettando in appello la declinatoria pronunziò nel merito, sarebbe stata competente per provvedere sul regolamento della competenza, la domanda in regolamento non può più essere proposta.

Annotazioni.

1. È d'uopo metter sott'occhio le diverse combinazioni che possono presentarsi in questo affare dei conflitti. La causa o le cause connesse sono pendenti (1ª ipotesi) avanti le due autorità giudiziarie, o quando si propone il ricorso, la questione della competenza è stata decisa da una di esse col rigetto della declinatoria del fôro (2ª ipotesi); o è stata decisa la causa nel merito da giudice competente (3ª ipotesi); o è stata decisa nel merito, ma da giudice incompetente (4ª ipotesi), o finalmente la questione è stata decisa da amendue le autorità invocate, in modo che entrambe si sono dichiarate competenti o incompetenti (5ª ipotesi). Le prime quattro sono soggetto dell'attuale articolo, l'ultima è contemplata nell'articolo 115, al quale ci riportiamo.

Prova l'articolo che la *eccezione di declinatoria* deve proporsi prima del ricorso, non tanto come preparatoria, quanto a provocare una decisione d'incompetenza. Ma non attesa, forse si prosegue la causa; ed il ricorso può interporsi *durante il giudizio*.

2. Il secondo capoverso dell'articolo è pieno di cose. Suppone necessariamente la *litispendenza* che accenna, e non può definire Ma quando dicesi pendere la lite? Lasciate le dispute sulla *contestatio*, solite a sollevarsi tra gli interpreti del diritto romano (e non del tutto abbandonate da qualche tribunale tradizionista), nell'odierno si ritiene bastare l'atto di citazione regolarmente prodotto (Voet, *Ad Pand.*, tit. II del lib. 44, n° 7; Carré, quest. 627, ecc. — *Lis enim pendere dicitur, licet nulla jam contestatio secuta sit* (Fabro, lib. II, tit. 38, def. 1; Pisanelli, *Della competenza*, p. 737,

3. *Ma sarà necessario che a costituire la liti-pendenza in ordine alla presente disposizione, amendue le cause siano presentate a giudici competenti?* Così fu più volte deciso

Quando la domanda sia proposta davanti un tribunale di commercio o un pretore, il ricorso può essere sottoscritto dalla parte stessa.

Articolo 111.

L'autorità giudiziaria superiore, se reputi fondata la domanda, ordina che il ricorso sia notificato alle altre parti, affinchè possano presentare un controricorso, e stabilisce i termini per la notificazione del ricorso e del decreto, e per la presentazione del controricorso.

Con lo stesso decreto può ordinare la sospensione delle cause finchè non sia regolata la competenza.

L'ordine della sospensione impedisce la decorrenza di qualunque termine della procedura.

Annotazioni.

1. Il *ricorso* esclude la citazione: è un atto unilaterale della parte instante (art. 50).

2. È sottoposto non al presidente soltanto, ma all'intero collegio che *costituisce l'autorità giudiziaria* che deve farne ragione.

3. *Il mandatario sottoscritto deve poter rappresentare la parte*: sarà un avvocato o un procuratore? (V. art. 50, p. III). Se il ricorso è fatto alla corte di cassazione, sarà un avvocato che abbia i requisiti voluti dall'articolo 522.

4. Non si terrà udienza pubblica e contraddittoria; l'articolo 44 del Codice del 1859 ordinava il *rapporto di un giudice* a ciò deputato dal presidente. Il nostro articolo non ne parla: ma ciò è di regolamento interno.

5. **Dubbio.** — *Se il pubblico ministero debba intervenire in questo primo atto; e in generale se egli porti la parola in simili questioni.* Rispondo di tratto al secondo quesito molto facilmente col n° 6 dell'art. 346. Onde si deduce che quando la causa del conflitto viene discussa all'udienza, il suo intervento è certo. Ma ne conseguita forse che la presenza del pubblico ministero sarà egualmente necessaria in questa conferenza interna, ove alla prima lettura si decide semplicemente *la presa in considerazione del ricorso?* Motivo di dubitare è il silenzio dell'articolo, a cui non costava nulla il dirlo; di un articolo che ha surrogato il 464 del Codice del 1854 e il 44 di quello del 1859, nei quali si leggeva *sentito il pubblico ministero*. Gli scrittori di procedura francese se ne fecero un problema (non trovandosi la spiegazione in quell'articolo 364, e alcuni dissero non vederne la necessità in un atto che non è che iniziale e preparatorio (*Annales du notariat*, t. III, p. 436); ma l'opinione restò in minoranza, i più conclusero in in senso opposto (Pigeau, *Commentaire*, t. I, p. 636; Favard de Langlade, t. IV, p. 797, num. 1, Thomine, t. I, p. 576; Carré-Chauveau, quest. 1329). Nella nostra legislazione che è identica, non è lecito, secondo me, pensare altrimenti. La legge dell'intervento ministeriale in queste cause (articolo 346, num. 2) non distingue uno stadio da un altro. Osservo che se dal silenzio che regna in questo capo si potesse argomentare all'esclusione, si dovrebbe anche ritenere il pubblico ministero escluso dalla discussione contraddittoria. Nè senza un grave interesse è l'intervento di lui in questo primo esame, in cui si tratta di attribuire al ricorso il suo vero carattere.

Articolo 112.

La parte ricorrente, che omette di fare la notificazione nel termine stabilito, decade di diritto dalla istanza per regolamento della competenza.

Annotazioni.

Bisogna osservare la posizione in cui si trova l'attore nella causa di *regolamento del conflitto* appresso la sua decadenza (che avviene *pleno jure*). L'articolo 366 del Codice di procedura francese alla minaccia aggiungeva le seguenti parole: *Et les poursuites pourront être continuées dans le tribunal saisi par le défendeur en règlement.* Cosa resta deciso allora? Resta decisa la questione di prevenzione. Avvertiamo che noi dobbiamo rite-

nere amendue i tribunali, per la natura della causa, competenti; così uno dei tribunali viene ad essere spogliato della sua giurisdizione, ed è quello che l'attore, ora decaduto, aveva prescelto.

Ma sarebbe pur questo il nostro sistema? Ricordiamoci che la *domanda per regolamento di competenza* può farsi anche in corso di causa, e *dopo proposta la declinatoria*; può farsi, *rigettata la stessa declinatoria, o in prima istanza o in appello* (art. 108). Con ciò si è voluto denotare la superiore importanza che la legge attribuisce ad un giudizio che, fuori d'ogni dubbio, presenta maggiori garanzie. Chi ha perduto per negligenza questo vantaggio, ritorna adunque allo stato in cui era, e la conseguenza non è propriamente quella che la procedura francese impone: conseguenza che, a dirla di passaggio, si trovò in più casi incongrua dalla stessa giurisprudenza francese. Se la *declinatoria era stata proposta*, la questione è rimessa su quel terreno ove rimarrà cogli effetti che saranno di ragione. Rigettata la declinatoria in prima istanza, potrà prodursi in appello e solo quando avesse già avuto l'ultimo suo esito in appello, la questione potrebbe dirsi morta e veramente finita.

La minacciata decadenza avrà pur luogo in ordine ai *conflitti negativi* o *positivi*? È ciò che vedremo all'articolo 115.

Articolo 113.

Il controricorso sottoscritto a norma dell'articolo 110 e presentato nel termine stabilito nel decreto, è notificato nello stesso termine alla parte ricorrente, con indicazione dei documenti depositati nella cancelleria.

Articolo 114.

Decorsi i detti termini, l'istruzione della causa si ha per compita in contraddittorio, ancorchè non siasi presentato controricorso, e l'autorità giudiziaria pronunzia sulla domanda.

Quando la domanda sia rigettata, la parte ricorrente può essere condannata al risarcimento dei danni verso le altre parti.

Articolo 115.

Quando due o più autorità giudiziarie si siano dichiarate competenti o incompetenti a conoscere di una controversia, si fa luogo al regolamento della competenza sopra domanda d'una delle parti, osservate le disposizioni degli articoli precedenti.

Annotazioni.

1. Poco è a disputare intorno ai *conflitti positivi*. Se due tribunali si sono dichiarati competenti sulla medesima controversia, il *regolamento*, se non è necessità assoluta, è per lo meno di una convenienza la più urgente. Non comprendo come non sia data facoltà al pubblico ministero di eccitarne la decisione. La nostra legge non dice se sia d'uopo che la duplice competenza sia stata pronunciata anche in grado d'appello; noi riteniamo bastare la esistenza delle due sentenze, comunque appellabili.

Qualche avvertenza di più occorre intorno ai *conflitti negativi*. Alcuno avvisò con criterio esatto non men che sottile (Thomine, t. I, pag. 573) che nei conflitti negativi potrebbe dirsi piuttosto aver luogo una *indicazione di giudici*, che un *regolamento di competenza*. Due tribunali possono essere simultaneamente competenti in una medesima causa, ripugnando però che amendue possano giudicare, in quanti tribunali può verificarsi la incompetenza! Per regolare adunque la competenza è mestieri che fra quelli che si negarono di prender cognizione della causa si trovi il tribunale che è competente. Non essendovi ripugnanza fra più dichiarazioni d'incompetenza, non presentandosi un nodo che sia necessario a sciogliere, talvolta accade che dopo essere andati di tribunale in tribunale incompetente, s'incontri alla fine il competente; e questo si impadronisca della causa che gli spetta senza trovare ostacolo nei vari decreti d'incompetenza che si sono pronunciati (Darò un esem-

pio che non è mio. Una causa che è di natura commerciale fu portata a un tribunale amministrativo che si dichiarò incompetente: indi a un tribunale civile, che fece la stessa dichiarazione. Ecco due dichiarazioni d'incompetenza. Finalmente si adì il tribunale di commercio, che ritenne la causa).

Da questa vera e intrinseca differenza che esiste tra le due opposte forme di conflitti, la giurisprudenza francese ebbe a decidere che, nei negativi, è sempre necessario che i *due gradi di giurisdizione siano esauriti*, poichè, via facendo, si può trovare il giudice (Cassazione francese, 3 marzo 1837, *Journal du Pal.*, t. II, 1837, p. 199). Vinto dalla forza di questa osservazione, io pure sono costretto a così convenire, nonostante il silenzio della legge e la contraria conclusione adottata pei conflitti positivi.

2. **Questione.** — *La disposizione dell'articolo 112 può essere applicata in fatto di conflitti positivi o negativi?* È da osservare in primo luogo che l'articolo richiama le disposizioni precedenti.

Quanto ai *conflitti positivi* la scienza non ha mosso dubbio, tuttavia giova avvertire la posizione delle cose dopo la decadenza. Vi saranno adunque due contraddittorie dichiarazioni di competenza, condizione di cose che non può sussistere. La *domanda di regolamento non potrà più esser proposta* nè dall'una, nè dall'altra parte: d'altronde la causa non può continuarsi sotto forma di declinatoria, nel presupposto che i due tribunali abbiano sentenziato in ultimo grado. Ma conviene rammentare anche una volta, che l'istituto di cui ci occupiamo, speciale bensì al caso dei conflitti, non esclude punto il rimedio massimo e generale, quello della cassazione. Una delle due sentenze dev'essere nulla, e cadrà sotto la censura della corte suprema.

Quanto ai *conflitti negativi*, non taccio che la giurisprudenza francese si mostra contraria all'applicazione del principio di decadenza, perchè incompatibile colla natura di simili conflitti (Cassazione, 11 maggio 1807, *Journal Av.*, t. XVIII, p. 812; Thomine, t. I, p. 577 Chauveau in Carré, quest. 1333, *bis*). A quale scopo sarebbe comminata la decadenza, se non c'è alcun giudizio pendente? come potrebbe continuare la causa avanti il tribunale scelto dal suo avversario, se tribunale investito della causa non esiste? dunque la lite giacerà in eterno, e mai più si potrà riassumere? ma questo è un vero diniego di giustizia! E nel punto di vista di quella giurisprudenza sono ragioni! Dirò ancora che l'articolo 366 del Codice di procedura francese contiene una frase che in qualche modo autorizza siffatto ragionamento, mentre è sollecito di additare l'effetto della decadenza, cioè la continuazione *des poursuites dans le tribunal saisi par le défendeur en règlement.* Difficilmente un tale sistema potrebbe conciliarsi colla lettera della nostra legge. Io credo sia stata esagerata l'importanza, per certo cospicua, di questo istituto. E tenendoci nel tema dei *conflitti negativi*, le precedenti osservazioni provano ch'esso è di assai dubbio valore: perchè forse è un regolamento che non può regolar nulla. La nostra legge non si preoccupa della continuazione della causa: al di là della decadenza la situazione è quella che è, ai termini del diritto, e varia secondo i casi. Se due o più tribunali si dichiararono incompetenti, forse lo sono; ebbene dirigete i passi al giudice competente. Ci resta finalmente a ripetere ciò che abbiamo già detto: ricorrete alla cassazione, non *per regolamento di competenza* (che non è rimedio sovrano), ma *per far annullare quella sentenza che, nel dichiarare la competenza, ha violata la legge.*

CAPO III.

DELLA RICUSAZIONE E DELL'ASTENSIONE DEI GIUDICI E DEGLI UFFIZIALI DEL MINISTERO PUBBLICO.

OSSERVAZIONI GENERALI

Questo istituto importantissimo, che nella sostanza è un presidio effettivo della giustizia, e nella forma è un omaggio reso alla pubblica opinione, vagò nel precedente Codice fuori della sua vera sede; confuso negli ordinamenti di procedura fra la *ripresa d'istanza* (tit. XVII, lib. IV), e fra la *perenzione d'istanza* (tit. XX), il *titolo della ricusazione* accusava la mancanza d'ogni giusto concetto delle sue attinenze coi principii del diritto giudiziario. Pareva non si sapesse dove collocarlo. Il posto è trovato e ne vado lieto. La *ricusazione dei magistrati* implica la questione di competenza, e a questo titolo appartiene. Si è fatta un'altra buona riforma. Due ordini di ricusazioni aveva il passato Codice: uno per i giudici inferiori, l'altro per i superiori. Questi erano colpiti da una censura più esosa; a quelli si perdonavano certi sospetti che rendevano ricusabili i secondi (art. 137 e 442). Anche i modi della procedura variavano. Ora abbiamo uniformità; d'altro canto l'istituto geloso della morale integrità del magistrato, ha avuto un certo incremento, come la relazione ministeriale viene notando.

Articolo 116.

Il giudice può esser ricusato:

Annotazioni.

1. Precedenti storici. — Scrivendo nel *Commentario del Codice sardo* (volume II, pagina 303, ecc.) evocai dalla storia un nobile monumento di questo istituto nella Costituzione di Giustiniano, che è la Leg. 16, Cod. de judic. L'epoca della libertà era da gran tempo passata; la posterità non deve dimenticarlo per farne un merito al riformatore, che, volere o no, fu superiore all'età sua. *Lites sine suspicione procedant*, questo fu il suo motto, degno di essere raccolto. La *suspicio* del giudice è il verme che rode il cuore dei litiganti, e la vergine giustizia se ne sgomenta. Il diritto della ricusa fu usato ed abusato. È un mezzo prezioso e terribile. Per le antiche repubbliche fu applicato su larghissima scala. Per la legge Servilia *repetundarum* l'accusatore presentava (*edebat*) cento giudici, di cui cinquanta potevano essere ricusati. Divenuta un monopolio nelle mani dei partiti, questa grande garanzia della libertà dei giudizi, al tempo di Cicerone, era già un pericolo, uno scoglio dell'innocenza (*Oratio pro Sulla. Sigonius, de judiciis*, lib. II, cap. XXVII). Cadono e risorgono le istituzioni, ed è bella su questa materia la legislazione d'Innocenzo III (*C. cum inter de excep.*). Per dare un cenno del metodo antico nei giudizi civili, ricorderò che, essendo i *magistratus* organi piuttosto per amministrare il diritto, che giudici, e derivando la loro podestà dalla costituzione dello Stato, secondo un'opinione autorevole, non potevano essere ricusati (Noodt, *De jurisd. et imperio*, lib. I, cap. VII). Ad essi veramente, e quasi essenzialmente, apparteneva la *jurisdictio*; proponevano le azioni, nominavano i giudici (*judicem addicunt*), i quali, non forniti propriamente di carattere pubblico, specie di arbitri tra le parti, erano ampiamente ricusabili. Pare che sotto Adriano questo diritto entrasse in una nuova fase, come in quel frammento si dimostra: *Observandum est ne is judex detur quem altera pars nominatim petat* (*id enim iniqui exempli esse, D. Hadrianus rescripsit*) *nisi hoc specialiter a Principe ad verecundiam petiti judicis respiciente, permittatur* (Leg. 47,

Dig. de judic.). Si è dato un cenno sopra, e può vedersi da chi vuole, lo stato della legislazione della *recusatio* all'epoca di Giustiniano. L'esercizio di essa non dipendeva più dalla origine e qualità dei magistrati, ma dai motivi che venivano addotti (Cujaccio, *Observ.*, lib. XII, cap. 1; Schulting, *De re judic.*). Invece in antico la ricusa soleva essere *perentoria*, senza motivi, presso a poco come quella dei giurati.

Più o meno, male ordinato però e quasi sempre arbitrario, il diritto di ricusa passò nella pratica del fòro; forse alla ordinanza del 1667 si deve la prima organizzazione di questo istituto secondo l'idea moderna, ossia per *cause determinate*. È noto che la Legge 23 vendemmiale, anno IV, tentò riprodurre nei giudizi civili la *ricusazione perentoria*, ma non approdò. Se non che l'esagerazione si fece sentire anche nella celebre ordinanza che lasciò troppe vie aperte: *N'entendons pas exclure les autres moyens de fait ou de droit, pour lesquels un juge pourrait être valablement récusé.*

2. *Della natura di questo diritto.* — È una vera eccezione d'incompetenza, dedotta da cause personali. Come la *declinatoria* intende a respingere la giurisdizione di un tribunale, a sottrarsi da quella, così questa eccezione intende a declinare la giurisdizione di un giudice determinato e nominato, onde viene dai francesi appellata *récusation partielle*. È una declinatoria parziale (Poncet, *Traité des actions*, num. 189). È introdotta *direttamente* nell'interesse individuale, ma è favorita e sostenuta con severa sollecitudine dalla legge, perchè dietro questa eccezione spunta e quasi, per dir così, fa forza l'interesse generale, l'interesse medesimo della giustizia.

1° Se abbia interesse nella controversia;

Questa prima causa ha tal latitudine che assorbe in sè parecchie, se non tutte le altre che seguono. Riformando l'art. 432 del precedente Codice di procedura, ha levato quelle imbarazzanti parole *d'interesse diretto o indiretto*, senza dubbio ravvisando che l'*interesse indiretto* è pure un interesse, benchè meno forte, e quando sia per essere così remoto da riuscire pressochè insensibile, *è questione di apprezzamento*. Tuttavia non si creda che la legge usando questa larga espressione, abbia voluto in certo modo significare che le cause di ricusa, spiegate nell'articolo, siano semplicemente *dimostrative*, non *tassative* (come veramente sono), mentre nella parola *interesse* tante altre cause possono comprendersi. Vi è pure qualche cosa di speciale e di *personale propriamente* in questa forma di dire, mentre se si guardino le altre cause, si vedrà ch'esse riduconsi alle seguenti categorie: I. affezione (2ª, 3ª, 8ª, 10ª); II. odio e inimicizia (6ª, 7ª, 11ª); III. calcolo di vantaggi estranei alla causa (4ª, 5ª); IV. opinione pregiudicata (9ª).

2° Se sia parente o affine, sino al quarto grado inclusivamente, d'una delle parti;

3° Se la moglie di lui sia affine, sino al quarto grado inclusivamente, di una delle parti, o se lo stesso vincolo sussista fra lui e la moglie d'una di esse: morta la moglie, la causa di ricusazione sussiste se siavi prole superstite, o si tratti di suocero, genero o cognato;

Il *parente del giudice* può ricusarlo perchè parente: la legge non distingue; fra parente non si può restare indifferenti; ecco la ragione. O si ama, o forse si odia, o la soverchia delicatezza perturba la coscienza dell'uomo probo, o il pubblico ne trae cagione di mormorare. È pure la opinione di Pigeau, di Favard de Langlade, ecc. Anche la *parentela naturale* può ritenersi compresa nella generale indicazione dell'articolo, purchè si possa immediatamente provare (Thomine, t. I, p. 599; Cassazione francese, 6 aprile 1809, *Journal Av.*, t. II, p. 59).

4° Se una quistione identica in diritto debba decidersi in un'altra lite vertente nell'interesse di lui, della moglie, dei congiunti o degli affini in linea retta;

1. Non si tratta di un regolamento di competenza, nè di tener conto delle cause connesse e dei loro vincoli più o meno flessibili: si tratta di *stabilire un precedente*, che un

altro giorno potrà invocarsi con profitto si tratta di costruirlo questo precedente colle proprie mani nell'interesse di un'altra lite che è nostra o di nostri strettissimi parenti. Ma *la identità deve accettarsi in quel senso apodittico e rigoroso con cui si governa la teoria della cosa giudicata?* Certamente no: perchè le persone identiche non le avremo. L'*eadem causa* neppure, benchè possano incontrarsi delle specie analoghe, dei titoli conformi. Sarà sempre, a voler spingere i termini di confronto, una *res inter alios acta*, diversa nelle persone, simile nella *causa petendi*, uguale forse nell'oggetto. Per altro questa materia delle ricusazioni è dominata da una somma regola: eccetto i casi nei quali la legge stessa fissa le proprie condizioni limitative della competenza personale: il grado della parentela, dell'affinità, e qualche altra, *il diritto riceve impronta e si modifica dalla prudente estimativa* che dei fatti e delle circostanze verranno facendo i giudici che denno applicarlo. Se da un lato una ragione di convenienza ci ritira, per così spiegarmi, verso la offesa dignità del magistrato per comprimere le esagerazioni del sospetto, dall'altro l'interesse della giustizia e la difficoltà di formare le prove squisite, ci consigliano un certo fare, largo, apprezzativo: si direbbe quasi la prudenza della politica. Qui il rigore potrà essere minore o maggiore del suono delle parole: *l'identità della questione non sarà propriamente identica:* sarà un qualche cosa di molto speciale e insieme di molto affine colla causa che si tratta. Di *molto speciale*, perchè cosa mai sarebbe una questione di diritto ovvio e comune *per fabbricarci un precedente* da richiamare in esempio e tale da potere veramente influire sulla decisione della causa che verrà dopo! Ci è forse del dubbio sulla necessità di omologare le donazione fra vivi? o che estremo della rendita sia il prezzo? Ora, se un parente di terzo o quarto grado ha una causa pendente per uno o altro di quei titoli, sarà buona ragione per ricusare il giudice perchè mai non faccia qualche violenza al diritto per beneficio della lite di quel suo lontano parente? O che trista, e anche un pochino ridicola conclusione sarebbe questa! Dovrà dunque presentarsi un punto che, arduo o nuovo in giurisprudenza, ci porti all'animo questa impressione *che il giudice abbia un vero interesse nel risolvere la questione in un dato modo*, per avviare in certa guisa la giurisprudenza allo scopo desiderato, mettendo fra quello e la ragione, come di mezzo, l'autorità della propria sentenza. Questo in linea di diritto, ed è cosa difficile a comprendersi. Ciò farebbe nascere in qualcuno il dubbio che quella formola *questione identica* alluda ad un rapporto di fatto fra la causa che ora si decide e quella che dovrà decidersi un giorno. Osta per altro a tal conclusione quella stessa formola che appartiene effettivamente agli ordini del diritto: *questione identica al diritto*. Certo è questa fra le disposizioni della procedura una delle meno accessibili. Essa aspetta il momento dell'applicazione per mostrare le sue difficoltà.

2. Del resto la questione dev'essere *vertente;* e rende inutile il disputare degli scrittori francesi *se possa provarsi con testimoni* la pendenza di un affare consimile. Deve provarsi la lite, e questo non si fa per testimoni; il nostro articolo è chiaro. Ma è forse un bene? Tenuta in serbo una grossa questione (come facevano in un certo Stato certi giudici supplenti, che erano anche avvocati) prima di darla fuori, il giudice si potrebbe provare a deciderla in senso favorevole a sè o a suoi parenti: tanto la materia è scabrosa e sfugge alla regola!

5° Se una delle persone indicate nel numero precedente abbia credito o debito verso alcuno dei litiganti, o abbia lite pendente davanti un tribunale in cui il litigante segga come giudice;

1. Se un mio parente di terzo o quarto grado è debitore, poniamo di dieci lire, verso un Tizio che litiga per tutt'altra causa avanti il mio tribunale, potrò essere ricusato per sospetto di parzialità? Abbandono questa legge alla considerazione del legislatore futuro. Ragionevole nella esistenza d'interessi di qualche rilievo *fra* il giudice, la moglie e il figlio del giudice col litigante, la legge per avventura si estende nello spirito oltre le parole? Anche *senza credito o debito*, vale a dire a conti ragguagliati e pari, possono esistere *rapporti di debito o credito*, come fra locatore e locatario, fra il capitalista e il pagator della rendita. La estensione tuttavia non può ammettersi. È chiaro che dicendosi *debito o credito* s'intende *non istantaneo*, come se domani scadendo la pigione io la paghi nel giorno dopo, ma di maniera che costituisca le due parti in una certa condizione permanente, per non volersi

o potersi pagare il debito, e prolungandosi la difficoltà del pagare o del riscuotere. Nasce allora un malessere, mi permetterò questa frase, uno stato d'indisposizione d'animo, lo stimolo d'altra parte e la inclinazione di favorire (ciò specialmente) il creditore per averlo più arrendevole, e Dio non voglia, per pagare con questo mezzo il debito. Onde il Pigeau (tom. I, pag. 427) insegna che tra giudice debitore o creditore di rendita, col rispettivo creditore o debitore, non si verifica l'impedimento, se non vi siano degli arretrati. Rodier ci attesta che l'anteriore giurisprudenza francese, che viveva con una legge simile, era incerta e qualche volta variò; per altro il Carré, quest. 1377, rammenta che generalmente fra locatore, per es., e inquilino vi poteva essere il giudice, salvo che non ci fosse propriamente pensione scaduta e in debito.

S'intende un po' meno perchè il giudice *creditore* possa esser ricusato: fors'è nel suo interesse di procurare al suo debitore dei vantaggi, facendogli il regalo di una sentenza favorevole.

2. Quest. oss. — *Se l'articolo abbia applicazione qualora il credito del litigante verso il giudice, o viceversa, derivi da cessione.* Dal lato del giudice *cessionario del creditore del litigante* la questione sembra avere poco interesse. S'egli era cessionario del credito prima della lite, egli è già in una condizione di ricusabilità. La disputa non è senza qualche gravità nel contrario caso. Era già una saggia legge, di tempo un po' antico, in Francia, l'Ordinanza del 26 maggio 1705, che proibiva ai litiganti di farsi cedere dei crediti contro il giudice per levarlo di seggio, ricusandolo per sospetto; disposizione che non fu poscia mai più riprodotta nè nel Codice civile, nè in quello di procedura, nè in verun'altra legge. Nondimeno un senso di moralità conduce a ritenere che il litigante non possa crearsi egli stesso il mezzo per ricusare il giudice, e togliergli con ciò la giurisdizione di cui era legittimamente investito (Carré-Chauveau, questione 1374; Delaporte, tom. I, pag. 350; Thomine, t. I, p. 591 e 592). *Ma se l'acquisto del credito ha un'origine non sospetta, un'origine che non si può in verun modo imputare al creditore*, per es., se, correndo la lite, egli divenne erede di un tale ch'era creditore, e vogliate anche supporlo d'ingente somma, verso il giudice, non ricadrà il giudice, avanti il quale già pende la causa, nella condizione preveduta dal presente numero dell'art. 116? Così posta, la questione è più semplice di quella che gli scrittori francesi si propongono. Anzi non vi è nessun dubbio che non possa esser ricusato. Non bisogna perder di vista che l'*interesse della ricusa non è nel creditore*, originario o posteriore, ma si dell'avversario suo, che si sgomenta di vedere il giudice, per così dire, dominato da lui. Dirò più, è sempre difficile che si acquisti un credito contro il giudice per costringerlo ad abdicare; per lo più si fa per averlo favorevole, e quasi a sè ligio. Ma se c'è artificio, questo medesimo artificio non darà forse buon giuoco alla parte contraria per sottrarre il giudice da una seduzione che si è tramata intorno a lui, invocando la legge - la legge abbastanza generale per non escludere quest'ipotesi, abbastanza giusta per non accordare un valore legittimo agli argomenti della frode?

6° Se nel precedente quinquennio si sia agitato processo criminale o correzionale tra una delle persone indicate nel numero 4° e uno dei litiganti o il suo coniuge, o uno dei suoi parenti o affini in linea retta;

7° Se tra le persone indicate nel numero 4° e una delle parti si agiti lite civile, o siasi agitata e non sia stata definita sei mesi almeno prima della ricusazione;

Nel silenzio del Codice francese variamente si dubitò (Delaporte, Carré, Thomine, Favard, ecc.) se fosse o no da ammettersi la ricusa a fronte di un processo correzionale o di polizia, e si dissero le ragioni. Ora è cosa decisa: e delle quisquiglie di polizia non si tien conto.

Quanto al num. 7 si domanda *se, intentando egli stesso contro il giudice una lite posteriormente a quella di cui fa parte, possa il litigante valersene per ricusarlo?* L'articolo 378, num. 6, del Codice di procedura civile francese ha questa espressione: *Et que ce procès s'il a été intenté par la partie, l'ait été avant l'instance dans laquelle la récusation a été proposée.* Non dunque una *lite posteriore*. Le identiche parole contenne l'art. 472, num. 6, del Codice di procedura civile sardo del 1854: disparvero da quello del 1859, e tacciono pure nel presente. Tutto ciò è ben significativo. Ma forse la redazione migliorata vuol dire lo stesso? Bisogna ben ritenerlo, *se si agita lite*

civile, o siasi agitata, ecc. Nessun'allusione al futuro. Perchè adunque si possa opporre l'eccezione di ricusa per causa di lite, *occorre che questa sia anteriore, cuoi finita o ancora pendente.* Ma riflettiamo che una incontestabile necessità può costringer talvolta a romper lite al giudice mentre siede per giudicarmi faccio il caso che, possessore limitrofo, egli abbia fatto molestia al mio possesso, attraversate le acque che scorrono pel mio canale onde io debbo, mal mio grado, intentargli contro una azione possessoria. L'articolo è poi tanto severo da non ammettere l'interpretazione della ragione?

È duopo distinguere *tra l'atto puramente volontario della parte che suscita la lite* ad uno scopo più o meno palese di farsene un mezzo per ricusare il giudice; e quello a cui uno vi è costretto a conservazione de' suoi diritti. Perciò dice la dottrina francese che, onde si faccia luogo alla ricusa, attesa la lite posteriormente intentata, *il giudice dev'essere attore* (Pigeau, tom. I, pag. 722, Thomine, tom. I, pag. 592, Dalloz, tom. II, pag. 542, num. 7). Io vado più avanti. Dico non doversi risolvere altrimenti se, quantunque il giudice non sia propriamente attore, *dia giusto e ragionevole motivo di esser chiamato in giudizio* Ho fatto la ipotesi di molestie inferite al possesso. Essa è ben decisiva. L'attore in giudizio di azione possessoria non è propriamente un creditore, e quindi non rientra nel disposto del num. 5. È uno che promuove una lite contro il proprio giudice: ma per una causa che nasce da questa, sia o no legittima. Egli opera *coactus*, ma se si trattasse di altra causa qualunque *estranea al fatto del giudice*, anche nella miglior buona fede, non gli gioverebbe, per ricusarlo, la nuova lite.

8° Se sia tutore, curatore, protutore, agente, erede presunto, donatario, padrone, o commensale abituale di una delle parti; se sia amministratore o gerente di una società, direzione, unione, o di uno stabilimento che abbia interesse nella causa; se una delle parti sia agente, commensale abituale, donataria o erede presunta di lui;

1 **Padrone.** — Nel luogo in cui è posto questo vocabolo ha un senso direttamente proprio, quello che si contrappone a *servitore* (francescamente *domestico*). Non cercate il *dominus* (che *ha in dominio*) del Vocabolario; non cercate neppure il suo derivato *padronanza*, avvisato da Tommaseo. Basta di meno alla legge per entrare in sospetto, per non veder più chiaro di questo giudice. Chi volesse andar in traccia di questo medesimo vocabolo lungo i Codici, forse non gli verrebbe fatto d'incontrarlo. Antipatico alla libertà, per quanto può, si nasconde. All'articolo 1804 del Codice civile albertino si leggeva *Si presta fede al padrone sopra la sua giurata asserzione* (era il conduttore delle opere e della industria.), il nuovo Codice non riproduce nè quella disposizione, nè quella parola. Nondimeno vi si scorge che la voce *padrone*, usata in questo numero dell'articolo, benchè termine immediato di opposizione con *servitore* o *domestico*, è suscettiva di estensione. I miei coloni parziari non sono i miei *servitori*, e in realtà sono i miei soci. Eppure io sono il loro *padrone* una volta che io mi pongo a giudicare la loro lite. Io posso esser ricusato, e non ho a lagnarmene. Ma quali saranno dunque le basi di codesto concetto? *La relazione rispettiva di superiorità e di dipendenza; ma o abituale o non del tutto momentanea*, suppongo sempre la relazione *attiva* nel giudice (qual se fosse passiva!). La continuità, una certa durata, è un estremo indispensabile, formando il *vincolo* o d'interesse o di affezione, di una speciale benevolenza pur anco, o, in fine di una tal quale domesticità: vincolo che non nasce da un rapporto momentaneo. Ecco perchè non potrebbe dirsi *padrone degli operai* il giudice che ne conduce l'opera secondo il bisogno dei suoi opifici e della sua abitazione, da lui non salariati, ma pagati a lavoro. Il *padrone di casa* ove il giudice alloggia non è il suo padrone; nè il giudice *padrone di casa* lo è del suo inquilino, che viene a piatire innanzi a lui (Vedi in sensi diversi con idee poco chiare Berriat Saint-Prix, pag. 327, n° 16, *Nouv. Repert.*, v° *Recusation*, § 1, pag. 685 Carré-Chauveau, quest. 1377).

2. **Commensale abituale.** — Chi mangia ogni giorno al mio desco, in compagnia di me solo, è mio intrinseco amico non dirò, ma intrinseco certamente. Dopo quella del matrimonio, direi che questa è la famigliarità suprema. Quando il numero dei commensali si estende, la famigliarità decresce in ragione inversa si va sino al parassito, tuttavia siamo ancora nei termini della legge. Se l'invito fosse meno frequente, periodico, settimanale,

per es., o mensile, succederà una relazione di amicizia, di quelle amicizie che non possono legittimare il sospetto, perchè son troppe; mancherà l'estremo dell'*abitualità*. Chi divide la mensa in pensione, per es., al trattore, sia pure ogni dì, pagando ognuno per sè, *è commensale abituale l'uno dell'altro?* A rigore no: ma non è possibile in questa delicata materia fissare delle regole positive una grande influenza è sempre riservata alle speciali circostanze del fatto. (Per la legge francese il mangiare e il bere con una parte autorizza la ricusa, art. 378 del Codice di procedura civile). Gli arbitri convitati dalle due parti sarebbero come equilibrati, riposando pressochè fra due guanciali Così hanno deciso gli scrittori che si son degnati di occuparsene, Pigeau, Thomine così la cassazione francese, nel 16 novembre 1825, *Journal Av.*, t. xxx, p. 187).

9° Se abbia dato consiglio o prestato il suo patrocinio nella causa; se abbia fatto somministrazioni per le spese; se ne abbia conosciuto come giudice di prima istanza o come arbitro; se abbia concluso come ufficiale del ministero pubblico, o deposto in essa come testimonio, o come perito;

10° Se un suo parente o affine in linea retta, e in linea collaterale sino al terzo grado inclusivamente, difenda la causa come avvocato o procuratore;

Il *dar consiglio* non è enunciare, proferire un *avviso* sulla causa L'ordinanza del 1667 ne aveva fatto un motivo di sospetto. Fu rimarcato che la nuova legislazione l'ebbe lasciato cadere (Locré, tom xxi, p. 497 Qualche altra volle dirlo e lo disse (Regolamento legislativo e giudiziario romano, § 1054, n° 4). Per altro l'opinione affermativa non manca di autorevole appoggio (Scialoja, *Trattato delle azioni possessorie*, *Comment. del Codice sardo*, vol i, part ii, pag 771). Si deve distinguere, un avviso enunciato in voce, in via di discorso, senza intenzione, molto meno se fra colleghi (come per lo addietro qualche tisico legale dubitò), non è motivo di ricusazione. Non pregiudica un avviso di questa maniera, e ben presto, per nuovi riflessi, potrà cangiarsi (Pigeau, *Commentaire*, tom i, pag 665 e 666). Sarei d'altra opinione se fosse *per iscritto*, nel qual caso può benissimo tenersi per una consultazione, non richiesta se volete, ma tale che favorisce non meno, benchè indirettamente, di consigli le parti, e fa groppo, per così esprimermi, al definitivo avviso del giudice. *Ma dev essere un parere sulla specie, riguardante la causa;* notevole ancora, perchè potrebbe in qualche caso mostrare un interesse un po' troppo vivo. Altro sarebbe trattandosi di una conclusione astratta, generale, scientifica, il professore e lo scrittore handiranno oggi una massima che dovranno applicare domani; e fanno benefizio a molti, ingiuria a nessuno.

11° Se vi sia inimicizia grave fra lui e uno dei litiganti.

1 Al num 11 dell'articolo 142 del Codice di procedura sardo del 1859 si leggevano ancora queste altre parole *O se egli* (il giudice) *abbia dopo introdotta la causa, o nel semestre precedente alla ricusazione, ingiuriato, insultato, minacciato una delle parti* Era un pleonasmo. L'articolo francese (378, num 9) dice *inimicizia capitale* e questo è troppo. La *inimicizia* non si manifesta sempre con atti clamorosi, con ingiurie e colpi di stocco! È qualcosa di terribile un giudice che si crede nemico. Al giureconsulto Cajo bastò che tale si affermasse: *Nisi si putum causam adferat quare ad eum mitti non debeat, forte si eum judicem inimicum sibi esse adfirmet* (Leg 9, Dig de libera causa). Ingenerava sospetto il chiedere che una parte facesse di avere un determinato giudice, o doveva negarsi *Ne is judex detur quem altera pars nominatim petat; id enim iniqui exempli esse* (Leg observandum Dig de judic Se amico di una parte, avverso all'altra. Ma il senso della libertà giudiziaria era più delicato in quei tempi; i giudici non erano composti dallo Stato che li veglia con occhio geloso, e chi ha un cattivo affare, è dal canto suo nemico del giudice probo e saggio. La *inimicizia grave* dovrà provarsi, non genericamente, ma *con fatti caratteristici della inimicizia*.

2. Le cause d'inimicizia possono cessare, ma la fiducia non ritorna più; non si dà *ricusazione condizionale*.

Articolo 117.

Non è luogo a ricusazione per essere il giudice parente o affine del tutore, protutore, o curatore di una delle parti, o degli amministratori o gerenti di uno stabilimento, di una società, direzione o unione di persone, salvo che essi vi abbiano un interesse personale.

Articolo 118.

I motivi di ricusazione dei giudici sono applicabili agli uffiziali del ministero pubblico, quando non sia parte principale.

Sono applicabili al pretore anche quando presiede al consiglio di famiglia.

Annotazioni.

1. Il pubblico ministero o esercita l'azione, o è chiamato dalla legge a rendere le sue autorevoli consultazioni nelle cause per altri intentate. In ogni caso la sua è una missione di ordine e di tutela pubblica, ma nel primo è *diretta*, nel secondo è *occasionale* (*partie jointe* secondo i francesi). Nel primo opera per sè di proprio moto, spontaneità e indipendenza, nel secondo *interviene*. Al pubblico ministero, e soltanto a lui, appartengono, anche nella sfera e nel cerchio dei giudizi civili, funzioni che possono distinguersi in *repressive* (articolo 62, 315), *regolamentari* (art. 142, 143), *direttive nell'interesse particolare* (articoli 505, 801, 802, 815, 836, 840, 844, 876, 881, 914), *direttive nell'interesse generale* (art. 619, 845). Interviene e dà il suo consulto nelle cause designate nell'articolo 316. Il diritto di ricusazione, che si estende sino ad esso, è indirettamente un omaggio alla legittima e ponderata influenza che ottiene nella decisione delle cause (lasciando ora da parte se questa medesima influenza sia da desiderarsi almeno nell'attuale organizzazione, nelle cause dei privati). Il ministero pubblico è ricusabile per la stessa ragione e per i motivi stessi dei giudici, perchè appunto il suo voto, benchè consultivo, ha un'autorità meritata e temibile.

2. Il capoverso dell'articolo è una novità, una novità utile, un *progresso morale*. Il pretore, nella sua qualità di giudice, è senza dubbio ricusabile. A questo magistrato sono affidate altre funzioni che, *quantunque inerenti alla qualità della magistratura*, portano la sua attività ad esercitarsi sopra un campo essenzialmente amministrativo. In presenza di una legislazione così positiva, e di una legislazione che ha sentito il bisogno di spiegarsi, rimangono senza interesse le disputazioni che già si fecero intorno a questo medesimo tema della ricusazione del giudice di mandamento, come preside e direttore di un consiglio di famiglia. Quel magistrato, applicato a tale funzione, riveste invero un carattere misto di amministratore e di giudice, ma è facile a scorgere che quello di giudice rientra, si può dire, totalmente in quello di amministratore, ed è giudice nel senso nel quale possono esserlo tutti coloro che hanno imperio amministrativo, i quali, mentre organizzano, rendono anche veri giudizi e degli uomini e delle cose. Nondimeno se la presidenza e la direzione del consiglio di famiglia è affidata a un magistrato dell'ordine giudiziario (le cui attribuzioni vedremo a suo luogo), giusto è bene che la sua posizione soggiaccia alla influenza di quelle leggi che ne tengono in isquadra, per così dire, la condotta morale, e formano una delle sue guarentigie di rispetto all'opinione pubblica, che ai privati interessi. Legge morale è quella che provvede alla moralità, noi l'accettiamo con riconoscenza. Come possono facilmente perire in mano a un giudice passionato i preziosi interessi degli orfani e dei pupilli! Non ha guari la questione si presentò nuova nella corte di cassazione ove ho l'onore di sedere. Era ancora in vigore la procedura del 1859, e vere e gravi difficoltà sorgevano. Ma nacque una decisione favorevole a questo sistema, preludio della nuova legge.

3. **Difficoltà della procedura.** — È una legge di qualità e d'organismo giudiziario, che bisogna innestare in una istituzione, qual è quella dei *consigli di famiglia*, stragiudiziale, e sistemata sopra altre basi. Bisogna adottare una procedura d'analogia, che verremo dichiarando a suo luogo.

Articolo 119.

I giudici e gli uffiziali del ministero pubblico devono astenersi, quando vi sia un motivo di ricusazione da essi conosciuto, ancorchè non proposto.

Le corti e i tribunali possono concedere il diritto d'astensione ai giudici e agli uffiziali del ministero pubblico, per ragioni di convenienza che non siano annoverate dalla legge tra i motivi di ricusazione.

Annotazioni.

1. Il *diritto d'astensione* corrisponde alla liberalità della istituzione. C'è stata qualche legislazione gelosa degli attributi della magistratura, e si direbbe dei propri poteri, che pretese dovere il giudice ricusato rimanere al suo posto sino alla decisione del sospetto, e a mostrare qual prezzo attaccava lo Stato a un giudizio di questa natura, ne faceva caso della giurisdizione suprema (Regolamento pontificio §§ 1055 e 1065). Invero l'opposizione rivolta alla persona del giudice può essere veduta *a priori* sotto due aspetti diversi, può presupporsi mossa dall'intenzione di rifiutare l'autorità come tale, e allora non si deve conceder nulla, il giudice deve star fermo, egli rimane in possesso della sua giurisdizione finchè il massimo tribunale non abbia pronunciato l'oracolo; il giudice non può come un privato disporre di se stesso e apprezzare i motivi della ricusa che gli sono personali. Vi è un altro modo di vedere la cosa. La legge meno gelosa degli attributi dello Stato che sollecita di sgombrare tutte le ombre che possono oscurare il sereno della giustizia, è pronta al richiamo, preferisce che un giudice si ritiri e ne sottentri un altro, al prolungare e persino allo iniziare una lotta, ove, per quanto lieve, la giustizia è sicura di esser battuta. Questa legge parte dal principio che *il diritto di ricusa è radicato nella libertà del cittadino*, laddove nel contrario sistema *la ricusa è una eccezione che può ammettersi, ma, sino a ragioni vedute, deve considerarsi come uno stato di flagrante opposizione all'ordinamento legale*.

Quanto più si cammina nelle idee di libertà, questo concetto ingrandisce. Io ho osservati i passi delle legislazioni che si succedono, e trovo che la presente si è fatta avanti. Per l'articolo 444 del Codice del 1859 i giudici *che riconosceranno in sè qualche motivo di ricusazione, erano tenuti a farne la dichiarazione al tribunale*, e allora in camera di consiglio si deliberava, senza il loro intervento, sentito il pubblico ministero se dovessero o no astenersi. Ora l'astenersi *è rimesso alla coscienza del giudice*, ed anzi se ne fa ad esso un rigoroso dovere ove ne senta nell'animo la verità, essendio non proposta la censura. E io qui debbo avvertire che la giurisprudenza francese ammette, benchè non senza discussione tra gli autori, che il giudice ricusato possa ritirarsi senza aspettare la decisione; ed anche, se vuolsi, immediatamente (Cassazione francese, 2 giugno 1862, *Journal Av.*, tom. XLIII, p. 688). Ma è un canone di quella legislazione che il giudice non può astenersi a suo volontà, *car il ne peut de son propre gré se dispenser des devoirs de sa place* (Carré, all'articolo 380). Evidentemente si parte da un diverso principio qui dalla legge dello Stato; là dalla legge della coscienza.

2. Il capoverso dell'articolo, in ciò conforme alla disposizione del Codice precedente, è andato anche più oltre. S'incarica della *convenienza*, ne fa un affare interno, e quasi di famiglia, può ben dirsi che la delicatezza è rispettata sino allo scrupolo. Vero è che ciò non si attiene propriamente alla eccezione di ricusa, anzi suppone che non ci possa essere, ma si rivela lo spirito che presiede a tutte queste disposizioni.

3. *Se il giudice, non ricusato, possa astenersi in corso di lite, e dopo aver presa cognizione della causa.* Si è dedotto qualche volta argomento da quell'articolo che stabilisce il termine dopo il quale non può più proporsi la ricusa. V. l'art. 121. Rinuncia all'eccezione chi non la propone nel termine legale, ciò nel rispetto obbiettivo, ma nel subbiettivo, nella coscienza, il *troppo tardi* non si conosce (Carré, quest. 1380). Se ne potrebbe abusare io ne convengo, ma bisogna dare la sua parte alla naturale probità del magistrato, alla cui morale garanzia sì grandi interessi sono affidati, e non pretendere di regolare ogni cosa colla bacchetta del pedagogo.

Articolo 120.

La cognizione dei motivi di ricusazione dei giudici di un tribunale, di una corte, e degli uffiziali del ministero pubblico spetta al tribunale o alla corte cui essi appartengono, o presso cui esercitano le loro funzioni.

La cognizione dei motivi di ricusazione spetta se di conciliatore al pretore, e se di quest'ultimo al tribunale civile

Annotazioni.

1. Da questo momento si comincia a descrivere la procedura della *ricusazione formale*. Quando una parte esige per forza di diritto che sia tolta al giudice la cognizione della causa, e la contraria sia costretta a riceverne un altro che non sarebbe quello che è destinato dalla legge, o almeno proposto nell'ordine consueto, si fa luogo al giudizio di ragione. Trattandosi di giudice singolare, è d'uopo ascendere al superiore immediato.

2. È facile applicare questa disposizione al *pretore* quale *preside del consiglio di famiglia* (V. l'articolo 118). L'omologazione degli atti consigliari è uno degli attributi che il tribunale ritiene con una missione tutta speciale (articolo 815). Così a doppio titolo i motivi di ricusazione, il sindacato che ne consegue, sono sottoposti al *tribunale*, o si consideri il magistrato ricusato come giudice, o come capo e presidente del consiglio di famiglia.

3. **Questione**. — *Il pretore esercitando le altre attribuzioni della sua carica, oltre quelle osservate di giudice nell'ordine contenzioso e di preside del consiglio di famiglia, può cadere sotto la censura della ricusazione?* Valga ad esempio l'attribuzione dell'*apporre i sigilli* (articolo 847), di ordinare l'inventario (articolo 866), di provvedere sull'istanza di deposito (articolo 952). È motivo di dubitare, che il pretore, anche in simili casi, esercita funzioni di giudice. In contrario si nota che il pretore presta un ufficio del tutto conservatorio e necessario; che non pronuncia veruna decisione; che, quantunque giudice, egli in questa bisogna, non funge propriamente che atti d'amministrazione; che la sospensione recherebbe forse danno irreparabile alla cosa stessa e ai comuni diritti degli interessati: ragioni che, a mio avviso, preponderano per escludere il diritto della ricusa. Questa conclusione ha pure l'appoggio del Dalloz (*Repertoire*, v° *Récusation*, num. 82) e del Carré (quest. 184).

Articolo 121.

La ricusazione deve farsi con ricorso al presidente:

1° Tre giorni prima de l'udienza, quando al ricusante sia noto il nome dei giudici o dell'uffiziale del ministero pubblico, che in quell'udienza sono chiamati a prendere parte nella causa;

2° Prima della discussione, nel caso contrario. La ricusazione di un pretore o di un conciliatore si fa con dichiarazione depositata nella cancelleria rispettiva prima della discussione.

Annotazioni.

1. Come può esser *noto* o *ignoto* il nome dei giudice o dell'uffiziale del pubblico ministero? Il nostro articolo volendo usar parsimonia di parole, si è messo nel bisogno di una spiegazione. La domanderemo all'articolo 447 or ora cessato: *La ricusazione deve farsi dal procuratore tre giorni prima della udienza, quando per la formazione delle classi o sezioni, o per la designazione contenuta nella citazione, fosse noto il nome dei giudici o dell'ufficiale del pubblico ministero, che in quella udienza devono sedere.* Potrà forse con altro mezzo stabilirsi la cognizione da chi ha interesse di sostenere la decadenza, e si può anche credere che a ciò riflettendo il redattore dell'articolo abbia preferita una espressione generale; in verità troppo generale, lasciando materia di fare una disputa a pura perdita di tempo, intorno alla cognizione che uno può avere e al modo di procurarsela, per es., ricercandone in cancelleria. Anche a sezioni formate, mentre le persone dei consiglieri si alternano nel seggio, come avviene in più corti, la cognizione che la legge richiede non sarà acquistata, almeno

ad esserne certi. L'articolo è un po' claudicante.

2. Non essendo noto il nome del giudice, la legge si contenta che l'atto si *faccia prima della discussione*. I francesi hanno *avant le commencement de la plaidoirie* (articolo 382). È palese che in quel primo caso si è voluto guadagnare un po' di tempo, a preavviso del giudice, a prevenire una inutile adunanza, qualche volta uno scandalo. Fermarsi alquanto su questo punto non è un occuparsi *de minimis*, perchè vi si potrà attorcigliare, quando che sia, un' aspra questione di decadenza.

Intanto si domanda se con quelle parole *la ricusazione deve farsi*, la legge abbia voluto significare che l'*atto completo* deve farsi (per certo consistente e *nel ricorso* (articolo 123) e *nella comunicazione al giudice e all'altra parte* (art. 124), dopo che rimane paralizzata la giurisdizione di lui, e la causa si sospende. Io ritengo che per adempiere alla prescrizione di questa legge e salvarsi dalla decadenza, basti la prima parte, basti l'atto di ricorso, e ciò per la ragione seguente. Che la *comunicazione è atto del cancelliere*, e non potrebbe annoverarsi tra gl'incombenti della parte ricusante. Osservo inoltre che l'articolo 123 qualifica *atto di ricusazione* quello ch'esso descrive, e così distinguendo l'*atto dai suoi effetti*, come a me pare.

3. *Ma di quale udienza parla la legge?* Certo di quella in cui si tratterà il merito della causa per *definitiva sentenza*. Sino adunque a quella udienza si ha tempo, malgrado più altre udienze siano trascorse, con pronuncie interlocutorie, o la causa fosse rinviata. Si ritiene ugualmente, rapporto alla *discussione*, che sempre si riferisce a quella cui fa seguito la sentenza definitiva (Thomine, t. I, p. 586; Chauveau in Carré, quest. 1393 bis; Dalloz, *Répertoire*, v° *Récusation*, num. 106).

4. **Questioni** — *a) La ricusazione non proposta in prima istanza potrà proporsi in appello?* La risposta è negativa. Più e più volte è stato deciso che il giudice non ricusato è giudice accettato, se gli si permette di sedere e decidere la causa, invano si ricorrerà a tardo e, per così dire, postumo rimedio (corte di Orléans, 31 maggio 1811, di Rennes, 8 luglio 1819, di Tolosa, 13 maggio 1820, cassazione francese, 18 febbraio 1828, 18 giugno 1829, 11 novembre 1829, e 30 luglio 1843, ecc.). Lo stesso dicasi degli ufficiali del pubblico ministero. La eccezione portata in appello non avrebbe altro scopo che di far annullare il giudicato sotto il pretesto del concorso di un giudice inabile, il che non può concedersi. Non è neppure a dirsi se possa proporsi per la prima volta in cassazione (cassazione francese, 11 novembre 1829, 20 aprile 1841, Dalloz, v° *Récusation*, num. 11). Nondimeno, per qualche decisione dei tribunali francesi, si vede limitata la regola generale che concerne il tempo della ricusazione, cioè avanti la discussione, nel caso *che si fosse chiamato improvvisamente all'udienza un giudice supplente o un avvocato*, onde mancò il tempo a preparar l'atto. In questo caso pertanto si ritiene esser opponibile in appello la ricusazione ad infirmare la sentenza (Bourges, 27 luglio 1821, Chauveau in Carré, quest. 1392). Si potrebbe obbiettare che almeno la parte doveva protestare all'udienza, ma si replica che l'atto di ricusazione è essenzialmente scritto, manifestando la legge una decisa ripugnanza contro la indecenza di un attacco verbale alla pubblica udienza. Il seguente articolo 633 è pur esso esclusivo di qualunque dichiarazione verbale, che non potrebbe certamente aver valore di un vero e formale atto di ricusazione. Ma io debbo subordinatamente osservare, che quantunque la legge detti la norma dell'atto che certamente non può esser diverso, non proibisce una rispettosa rimostranza all'udienza, un'istanza, sia pure del procuratore, inoltrata al presidente e confidata alla sua prudenza, e io dubito assai che dopo essersi discussa la causa largamente e confidentemente, a causa perduta, si potesse di poi venire in appello a domandare la nullità della sentenza. Io suggerisco questa cautela, e spero non senza ragione.

b) *Ma in verun caso potrà annullarsi la sentenza per cause che impediscono al giudice di portare il suo avviso in quella contesa, non denunciate in prima istanza coll'eccezione della ricusa?* Il quesito è gravissimo, e ci costringe a dividere la breve trattazione in due parti molto distinte.

La prima riguarda le cause o *sopravvenute* o *ignorate*. Debbo toccare in prima di quelli che io soglio chiamare *precedenti storici*. L'articolo 382 del Codice di procedura civile francese imponendo di far precedere l'atto di ricusa alla discussione, aggiunge: *A moins que les causes de la récusation ne soient survenues postérieurement*. Posteriormente alla discussione. Nell'articolo 476 del Codice sardo del 1854 (che fissava termini alquanto diversi) si leggeva la disposizione medesima. In quello del 1859 non si vide più riprodotta, nè in questo si vede. Soppressione significantissima senza dubbio, che denota un cangiamento di veduta nel legislatore. Invero è cosa assai dif-

ficile che in quell'intervallo fra la discussione e la sentenza capiti proprio l'impedimento nondimeno non è impossibile. Ma noi non possiamo aggiungere alla legge che avrà avuto le sue buone ragioni. Oltre la massima *de raro contingentibus*, avrà considerato, che più danno che utile nell'interesse della giustizia si verrebbe a raccogliere rinnovando tutta la lite già pervenuta al suo termine, avrà avuto maggior confidenza nella probità del giudice, nell'oculatezza de' suoi colleghi, se ne ha. Checchessia la legge è questa. E meno certamente potrebbe il litigante venir piatendo in appello ch'esso non conobbe i motivi onde avrebbe potuto ricusare il giudice, e non li conobbe che dopo.

La seconda avvertenza accenna ad una limitazione di questa che può dirsi regola generale, e suppone 1° *l'ignoranza dell'impedimento o la sua comparsa dopo il termine legale*, 2° *tale una specie e qualità d'impedimento che per un principio di diritto superiore a tutti gli ordinamenti positivi, e scritto nella essenza stessa delle cose, rende incompatibile l'ufficio di giudice*. Tal è quel principio di diritto naturale *Nemo potest esse judex in causa propria*. O l'altro *Lis nobis nulla esse potest cum eo quem in potestatem habemus*. Del primo fu detto *Iniquum aliquem suæ rei judicium fieri* (Leg. 17 de jud.). Un dolo profondo si sarebbe insinuato per parte del giudice (poichè qui si suppone un interesse proprio, diretto, evidente) e sarebbe a vedersi se fosse da applicarsi il rimedio della rivocazione. Nell'altro caso mancherebbe il fondamento primissimo, costitutivo dello stesso giudizio, che il giudice e il litigante siano persone distinte; e giudizio non ci sarebbe. Mi compiaccio di vedere già consacrata da decisioni questa dottrina della verità e della ragione (cassazione francese, 14 ottobre 1821, *Journ. Av.* t. XXIX, pag. 121, Bourges 18 marzo 1828, *Journal Av.*, tom. XXXVII, pag. 106). Una prova immediata, luminosa, in appello o in rivocazione (non voglio ora decider quale) per certo farebbe crollare il primo giudizio. Siffatte eccezioni, che attaccano la essenza del giudizio, si proporrebbero indipendentemente dalla querela di ricusazione.

Articolo 122.

Quando si tratti di ricusare un giudice delegato per l'esecuzione di una prova o per altro atto d'istruzione, la ricusazione deve farsi entro giorni tre da quello in cui divennero esecutivi la sentenza o il provvedimento di delegazione.

Annotazioni.

1. Questo articolo toglie di mezzo la questione *se possa ricusarsi il giudice delegato dopo che si è arringata la causa avanti lui come membro del tribunale* (Pigeau, *Commentaire*, t. I, p. 603). Oltre la regola summentovata, che per discussione s'intende quella che ha luogo nella udienza in cui va definita la causa, si aggiunge questa chiara disposizione. Fu già osservato da Pigeau che la delegazione, all'effetto di assicurare una prova, attribuendo al giudice una speciale influenza, risveglia con maggior forza la suscettibilità del litigante che vive nel sospetto di quel giudice.

2. **Questione**. — *Se il giudice delegato, che viene ricusato, non appartiene al tribunale delegante, ma ad uno diverso, da quale sarà giudicata la causa della ricusa?* Malgrado si abbia ad anticipare alquanto sopra alcuno degli articoli seguenti, la ricerca non può aver altro luogo più opportuno.

Precedenti storici. — Rodier, illustrando l'articolo 10 del titolo XXII della ordinanza del 1667, portò opinione che il giudizio dovesse al tribunale delegante spettare, nel che fu censurato dal Carré che desumeva il suo criterio, com'egli diceva, dallo spirito del Codice, perchè la lettera era muta (quest. 1398). Favard de Langlade (t. IV, p. 767, num. 4). Indi il Chauveau (alla detta questione) si conformò alla sentenza del Carré. Il Dalloz, recandosi a sua volta su questo esame, osserva una certa discordanza tra le regole di competenza e quelle della procedura, e si viene aggirando intorno a questa difficoltà. È a vedersi *dove il giudice ricusato emetterà la sua dichiarazione*. Il Dalloz accetta un metodo proposto dal Bourbeau. Partendo entrambi dal principio che *spetta al tribunale delegante* il conoscere della ricusa, anche perchè investito del merito della contesa è più in grado di giudicarne, adottano, che il giudice ricusato farà la sua dichiarazione nella cancelleria del proprio tribunale; il cancelliere ne rilascierà spedizione, la trasmetterà egli stesso alla cancelleria del tribunale delegante,

che pronuncierà il suo giudizio (Dalloz, *Répertoire*, v° *Récusation*, num. 99).

Soluzione. A noi è già preparata dall'articolo 120: *La cognizione spetta al tribunale al quale il giudice delegato appartiene, o presso il quale esercita le sue funzioni.* Meglio che un dettato della procedura, è questa una *dignità*, un principio fondamentale della competenza, una ragione potentissima d'ordine che il giudice attaccato per motivi personali, in materie che riguardano il suo uffizio, e trattandosi di conoscere dell'abilità sua a continuare in quello, se appartiene ad un collegio, dal collegio debba essere giudicato. È uno dei diritti della personalità del giudice. Che se il giudice delegato è per caso un pretore, la legge ha fatto anche a lui il suo giudice, ed è il tribunale da cui dipende. E questo è l'ordine naturale della competenza, nè alcuno può esserne distratto per cause accidentali; d'altra parte è ben chiaro che il rito dovrà essere prudentemente accomodato con modi analoghi a questo effetto, qualora non venisse regolato da disposizioni abbastanza precise.

Articolo 123.

L'atto di ricusazione deve indicare i motivi e i mezzi di prova, ed essere sottoscritto dalla parte o da un procuratore munito di mandato speciale a quest'oggetto, per la cui presentazione l'autorità giudiziaria può accordare un termine conveniente.

Articolo 124.

L'atto originale di ricusazione è dal cancelliere comunicato immediatamente al giudice o uffiziale ricusato, e copia dell'atto stesso è notificata all'altra parte.

Dal giorno della comunicazione rimane sospeso il corso della causa. Se vi sia urgenza di procedere a qualche atto d'istruzione, l'autorità giudiziaria, che deve pronunciare sulla ricusazione, può ordinare che vi si proceda da altro giudice, o colla assistenza di un altro uffiziale del ministero pubblico.

Annotazioni.

1. La legge francese è più severa in fatto di prove. L'articolo 390 fa lecito al giudice di *rejeter la récusation* se l'eccipiente non porge *un principio di prova scritta.* Metodo arbitrario, che non si saprebbe in qual modo giustificare. *Indicare i motivi e i mezzi di prova*: ecco tutto quello che esige la nostra legge. Già una gran parte dei motivi proposti dalla legge non potrebbe aspirare alla prova scritta, e la prova, a dir così naturale, sarà quella dei testimoni. *Ma in confronto di chi e come mai si eseguirà il processo testimoniale?* In confronto del giudice non potrà farsi, *non essendo parte*, nè in contraddittorio della parte avversa al ricusante: nol comporta di fatti la qualità del procedimento che, fintantochè rimane nella sua prima fase, ha un carattere puramente interno e quasi disciplinare. Ma si delegherà un giudice all'istruzione, e ne sarà riferito in camera di consiglio.

2. Nel sistema del Codice è avvenuto un cangiamento che giova avvertire. Secondo il precedente, l'atto di ricusazione si faceva alla segreteria, che presentavalo al presidente, e questi deputava un giudice per riferirne in camera di consiglio; fissava il giorno in cui, sulla relazione suddetta, e sentito il pubblico ministero, si pronuncierebbe. Se la ricusazione appariva da rigettarsi, il tribunale la respingeva senz'altro, se pareva ammissibile, allora aveva luogo la comunicazione al giudice e la sua dichiarazione. Nell'odierno sistema il ricorso si fa di tratto al presidente, è tolta ogni deliberazione segreta: l'atto, *purchè indicante le prove, è in se stesso regolare*; è trasmesso dal presidente alla cancelleria che ne fa la comunicazione ai termini dell'articolo 124, mentre copia dell'atto è dalla stessa cancelleria fatta notificare all'altra parte. Il giudice è più esposto, ma la difesa è più libera.

3. *La causa si sospende.* Se così non fosse, il ricusante avrebbe ottenuto vittoria senza combattere. Bisogna provvedere all'urgenza. La nostra legge dichiara che non si riconosce urgenza che nel caso ivi preveduto, *di procedere a qualche atto d'istruzione.* Solo in questo caso può destinarsi un altro giudice. Non ammette che ci sia mai urgenza per pronunciare decreti concernenti il merito. Non so se sia un bene; so che così è troncata la questione relativa che si fanno tra loro i proceduristi francesi (Pigeau, t. i, pag. 432; Hautefeuille, p. 205; Favard de Langlade, t. iv, p. 766, num. 4, ecc.).

Articolo 125.

Nel termine di due giorni dalla comunicazione dell'atto di ricusazione, il giudice o uffiziale ricusato deve fare in fine dello stesso atto la risposta sulla sussistenza dei motivi di ricusazione.

Nel giorno successivo a quello della risposta il cancelliere deve trasmetterla al presidente della corte o del tribunale o al pretore competente, insieme coll'atto di ricusazione.

Il presidente delega un giudice per farne relazione in camera di consiglio, e stabilisce il giorno per la pronunciazione della sentenza.

Annotazioni.

1. Se il magistrato nella sua dichiarazione si oppone e contesta i motivi pei quali è ricusato, *non per ciò diventa parte*, non per ciò egli può sollevare un incidente per difendersi. L'opinione è unanime (Merlin, *Répertoire*, v° *Récusation*, § 2, art. 3; Berriat Saint-Prix, p. 332; Pigeau, *Commentaire*, t. I, p. 680; Carré, quest. 1402, ecc.). Con ciò la legge vuol mantenuto al giudizio di ricusazione il suo carattere d'ordine e regolamento interno, liberarlo dalle apprensioni di un attacco ingiurioso o di un demerito nel ricusato, tenere ancora il magistrato alla debita distanza dalla parte che si agita nel proprio interesse, curarne la dignità nel tempo stesso che lo allontana dal giudizio; e far ben divedere come la *ricusazione* è diversa dall'*azione civile*, che trascina il magistrato in una contesa di ben altro genere (articolo 783).

2. Tutte le disposizioni di questa procedura fanno manifesto il concetto del legislatore di rimuovere una indiscreta, inopportuna, insultante pubblicità. Se il giudice ricusato ritorna al suo seggio, non deve mostrare se è lecito il dir così, le lividure della lotta che ha sostenuto a corpo a corpo con altri di coloro ch'egli deve poi giudicare. Ciò è ben definito nella nostra legislazione, mentre nella francese può dirsi risoluto nel senso contrario. La sezione della legislazione del tribunato aveva già chiesto e indarno che, *rispetto alla magistratura*, il giudizio si terminasse in camera di consiglio. La giurisprudenza, che qualche volta ha dubitato, finì coll'adottare il principio dell'*udienza pubblica* (Merlin, *Questions de droit*, v° *Tribunaux d'appel*, § 5, n° 4, Orléans, 10 gennaio 1808; Devilleneuve, 32, I, 216, ecc.

Non *per rispetto alla magistratura* che non impedisce di assoggettarla al duro cimento dell'*azione civile*), ma perchè tale è la natura del giudizio di ricusazione, è adottata una forma di processo *atta a conciliare colla ragione della difesa quella dell'autorità*.

Articolo 126.

Quando per la ricusazione di più giudici di un tribunale non ne rimanga un numero sufficiente per pronunziare sulla ricusazione, e non si possa provvedere nel modo stabilito dalla legge sull'ordinamento giudiziario, la corte d'appello, sopra ricorso della parte, rimette la causa ad altro tribunale, il quale se ammetta la ricusazione pronunzia anche nel merito.

Annotazioni.

Precedenti storici. — *Legislazione comparata.* La nostra non conosce quella istituzione che nella francese è appellata *renvoi à un autre tribunal pour parenté ou alliance.* Quando un litigante contava un certo numero di parenti o affini nel tribunale o nella corte, poteva farsi luogo a rimettere la causa ad altro tribunale o corte giusta i termini di quell'art. 368. Pareva che ivi non potesse spirare aura di giustizia, e il terreno non fosse più uguale alle due parti. Espellere i due o tre giudici parenti non bastava, si temeva il contagio del favore. Era uno dei tratti di quella legislazione ombrosa e diffidente. I commentatori ponendo la mano in quella legge abbastanza austera, la esasperavano. Il Pigeau non dubitò di affermare che il disposto doveva estendersi ad altri casi analoghi; se due, per

esempio, fossero i giudici ricusandi, quantunque per altri e diversi motivi (*Comment.*, t. i, p. 438, 439), nel che fu corretto da Lepage nelle *Questions*, e dal Carré. Da questa opinione all'altra del *potersi ricusare in massa* un collegio di giudici, il passaggio non era difficile. Dibattuta la questione sotto l'impero, la opinione affermativa trionfò per un certo tempo; lo attesta Legraverend (t. ii, p. 36), al quale si associa il Carré, e si cita anche qualche decisione della Cassazione (Sirey, t. ix, p. i, pag. 143, *Journal Av.*, t. xviii, pagina 899). Per altro lo stesso Carré ha d'uopo di ricorrere a una causa generale e comune a tutti i giudici ch'egli intitola *suspicion légitime* (*Traité des lois d'organisation et de compétence*), e che non fu mai bene definita, come questa dottrina non fu mai generalmente adottata.

È aperto che la nostra legge ha tutt'altro carattere. Essa non fa che segnalare il fenomeno, conseguenza della facoltà di ricusare i singoli giudici; ma non giunge mai sino alla idea nè di una ricusa in massa, nè di un sospetto che ravvolga tutto il corpo giudicante. A questa specie di annichilimento potrà esser ridotto un *tribunale*, una corte più numerosa, non arriverà mai a tale estremo. La corte d'appello sarà giudice del rinvio, senza formale giudizio e senza discussione *sopra un semplice ricorso.*

Articolo 127.

Quando la ricusazione sia rigettata da una corte o da un tribunale, la parte che l'ha proposta è condannata colla stessa sentenza in una multa che può estendersi a lire centocinquanta. Il giudice ricusato che voglia promuovere l'azione per riparazione d'ingiuria, deve astenersi.

Se la ricusazione sia ammessa, l'autorità giudiziaria ordina che il giudice o l'uffiziale del ministero pubblico si astenga, e, se sia ricusato un conciliatore o un pretore, designa un altro conciliatore o pretore, salvo che le parti siano d'accordo di portare la causa davanti il supplente del giudice ricusato.

Annotazioni

Il motivo del rigetto può esser vario; o perchè la domanda sia inammissibile o mal fondata e in ogni caso ha luogo la comminatoria dell'articolo. *Ma se l'atto fosse annullato per vizio di forma?* Il Thomine (t. i, p. 603) e il Chauveau in Carré (quest. 1406) pensano che in questo caso l'ammenda non sia incorsa. Io non posso accettare questa opinione. La legge non distingue, e la temerità non può essere scusata dalla inosservanza, per esempio, della forma. *Omnino certe grave est judicem recusare temere.*

Articolo 128.

Contro le sentenze pronunziate sulla ricusazione di un conciliatore o di un pretore non è ammesso appello.

Quando si proponga appello dalle altre sentenze pronunziate dai tribunali in materia di ricusazione, e una delle parti pretenda che vi sia urgenza di procedere all'esecuzione di un atto d'istruzione, il tribunale può ordinare che vi si proceda da altro giudice, sebbene abbia rigettato la ricusazione.

Articolo 129.

L'appello deve proporsi entro giorni cinque dalla notificazione della sentenza, con atto presso il cancelliere, contenente i motivi e l'indicazione del deposito nella cancelleria dei documenti sui quali l'appello è fondato.

Copia dell'atto di ricusazione, della dichiarazione del giudice o dell'uffiziale ricusato, della sentenza del tribunale e dell'atto di appello, e i documenti a questo uniti, sono dal cancelliere trasmessi nei tre giorni successivi al cancelliere della corte.

Annotazioni.

1. Questo punto dell'appello da una sentenza emanata in giudizio di ricusazione, sollevò dubbi e contestazioni nel foro e non può invero dirsi che vi abbia abbondanza di luce.

L'appello è di diritto. L'esclusione, che cade sulle sentenze relative alla ricusazione di un conciliatore o di un pretore, conferma la regola.

Nel vario giro degli atti che possono occorrere, non s'incontra che abbiano a farsi comunicazioni alle parti che sono in causa, tranne *quella dell'atto di ricusazione* (art. 124). Pronunciata la sentenza, si risveglia il comune interesse che è triplice senza dubbio, quello della parte ricusante, della parte a lui contraria, e quello del giudice. Intanto la sentenza *è pure notificata da chi vuole appellare* (articolo 129).

L'appello della *parte ricusante* è il più indicato: quello che è veramente fuori di questione. Rapporto agli altri due sorsero i dubbi. Il giudice non è parte, e come può egli appellare? La parte avversa al ricusante non è complicata nel giudizio di ricusa. E poi ha veramente un interesse? Se la domanda è rigettata, la sua posizione è assicurata. Anche ammessa, quale aggravio gliene viene? Un giudice sarà surrogato da un altro. Tali sono, rispetto a quest'ultimo, le osservazioni del Pigeau e del Lepage.

2. Noi siamo in presenza d'una legge che sembra sforzarsi di essere generale quanto più possa. Non si distingue tra *ricusazione rigettata* o ammessa. Nel primo caso potrà appellare il ricusante; nell'altro il suo avversario, che sarebbe il giudice. Eccolo *già diventato parte* in appello: eccolo involto in una lite. Ed è naturale. Si tratta forse del suo onore. Invano si dirà ch'egli non era parte, che con lui non si fa propriamente giudizio: egli restò quasi a dire in luogo terzo, in una specie di limbo, mentre si disputava di lui, non *soggetto*, ma *oggetto della questione*. (*La terza opposizione*, non so se ammessa in qualche tribunale di Francia o inventata dal Chauveau in Carré, quest. 1400, per noi è assurda). *Il giudice diventa parte quando vuol esserlo* cioè quando appella.

3. *Quando il giudice appella*, il giudizio (per ciò che riguarda gli effetti e non le *contestazione o difesa*) diventa comune alle altre parti che già erano in causa. La *forma* del giudizio non cangia in grado d'appello, ma continua a svolgersi senza discussione e fra le pareti della curia, non si manda citazione, e si procede secondo le norme dell'articolo 129. Se una delle parti, non il giudice, appella, questi *rimarrà come prima estraneo al giudizio*, talchè rigettata la ricusa, riassumerà in quella stessa causa l'ufficio suo, il che non potrà mai nell'altro caso. La legge non dice, e sembra non volere, che si facciano comunicazioni di atti o documenti da una parte all'altra. Si è sempre osservata intorno a questa materia una procedura affatto particolare, compendiosa e celere: il termine ad appellare è breve oltre ogni dire: passar oltre, importa decadenza, nel sistema francese i cinque giorni decorrono dalla pronunzia della sentenza. Il nostro esige la notificazione.

4. L'appello e per l'indole sua generale, e più ancora, attesa la specialità del giudizio, è sospensivo. Nè il giudice d'appello può ordinare la esecuzione provvisoria. L'art. 128 prevede l'urgenza, e dice quale può essere; attribuisce delle facoltà che non possono estendersi.

5. *È forse necessario che la dichiarazione d'appello* (*che si fa con atto presso il cancelliere*, art. 128) *sia sottoscritta dalla parte o da procuratore munito di speciale mandato?* La legge non lo prescrive, e del pari si ritiene nella giurisprudenza francese (Demiau-Crouzilhac, p. 187, Carré all'articolo 396).

6. *Potranno le parti presentare delle memorie, o procedere a qualche atto d'istruzione?* Potranno, lo credo, presentare dei documenti, si cerca la verità, e questo non potrà esser negato. Non si ammette procuratore o rappresentante (Pigeau, *Commentaire*, t. I, p. 674).

Articolo 130.

Il cancelliere presenta, entro le ventiquattro ore dalla ricevuta, le dette carte al presidente della corte, il quale delega un giudice per farne relazione in camera di consiglio, e stabilisce il giorno in cui la corte pronunzierà la sentenza.

Spedita la copia della sentenza, il cancelliere della corte nelle ventiquattro ore restituisce a quello del tribunale le carte a lui trasmesse, dandogli avviso del tenore della sentenza pronunziata.

Articolo 131.

La ricusazione o l'astensione non hanno effetto sugli atti anteriori.

Annotazioni.

Si dimanda se la sentenza, qualunque sia, *debba notificarsi*. Il cancelliere ne *spedisce la copia*, o ne dà comunicazione.

Avvertenza finale *sulla procedura relativa ai giudici di ricusa di un pretore nella sua qualità di presidente di un consiglio di famiglia.*

Interrogando l'ordine stabilito e lo spirito di analogia, si dirà che l'atto di ricusa deve precedere la trattazione dell'affare in consiglio; e il ricusante dovrà dichiarare la sua opposizione nel verbale, o con qualche altra manifestazione sufficiente. Dopo ciò si rientra facilmente nel metodo prescritto. L'atto si farà con ricorso al presidente del tribunale (articolo 121). Se il pretore non rispettasse la prima rappresentanza o protesta, e procedesse oltre nella deliberazione, non è dubbio che questa sarebbe nulla. Il diritto di astenersi, di ritirarsi da quell'ufficio, dev essere liberissimo; e in tal caso il tribunale destinerà un altro pretore, facoltà che s'intende essergli attribuita dall'articolo 127.

TITOLO III.

DELLE CITAZIONI.

CAPO I.

DELLA FORMA DELLE CITAZIONI.

Articolo 132.

Le citazioni si fanno col ministero di usciere per biglietto in carta libera, o per atto formale.

Articolo 133.

La citazione per biglietto ha luogo soltanto nelle cause promosse davanti i conciliatori; e in quelle promosse davanti i pretori, il valore delle quali non ecceda lire cento.

Il biglietto deve indicare

1° il giorno, il mese, e l'anno della notificazione, e l'ora in cui segue la medesima, se la citazione sia fatta per comparire nello stesso giorno;

2° il nome e cognome dell'usciere, coll'indicazione dell'autorità giudiziaria cui è addetto;

3° il nome e cognome dell'attore e del convenuto;

4° l'oggetto della domanda;

5° il giudice, davanti cui si deve comparire;

6° il giorno e l'ora della comparizione;

7° la persona, alla quale il biglietto viene consegnato.

Il biglietto è sottoscritto dall'usciere.

Annotazioni.

1. « Si pensò che nelle cause di tenue valore « fosse opportuno di sciogliere l'atto di cita- « zione dalle forme consuete, onde in tutte le « cause promosse davanti giudici conciliatori « ed in quelle promosse davanti i giudici di « mandamento, il cui valore non eccede le « lire cento, si ammise la citazione per sem- « plice biglietto » (*Relazione* Pisanelli). La Relazione del guardasigilli già riportata per intero si compiaceva di ripeterlo. Sì, non che nello scopo di ridurre questo atto alla maggiore semplicità, si pensò dapprima che si potesse anche prescindere dalla menzione dell'oggetto. « Fu discussa (prosegue la prima « Relazione) la opportunità di richiedere che « *nel biglietto di citazione si dovesse espri-* « *mere l'oggetto della domanda, affinchè il con-* « *venuto potesse tosto conoscerla e preparare* « *all'uopo i suoi mezzi di difesa. Ma prevalse* « *l'opinione negativa*. Se talvolta riesce facile « di compendiare in poche parole l'oggetto « della causa, avviene poi sovente che per l'in- « dole del titolo a cui si appoggia la domanda, « questa non possa venire determinata, se non « con una esposizione alquanto specifica dei « fatti che le danno origine. In tali casi scom- « parirebbe in gran parte il beneficio della « citazione per semplice biglietto, poichè do- « vrebbe spesso l'attore, per formolare la sua « domanda in iscritto, ricorrere al ministero « di altre persone, dovrebbe retribuirne l'o- « pera col pagamento di onorari, che sareb- « bero sempre gravosi, avuto riguardo al mo- « dico valore della causa ». Queste idee furono vinte da altre migliori. Una citazione mancante del proprio oggetto, bisogna convenirne, era qualcosa d'inqualificabile. Cosa si voleva? di che si doveva rispondere? Eccoci adunque con una buona riforma dell'antico articolo 32 (Codice del 1859), ove pure era stata trascurata la menzione dell'oggetto, e nella Relazione del ministro Vacca se n'è anche spiegato il giusto e ragionevole motivo.

La forma della *citazione per biglietto* ha un vantaggio in quanto è economica, mandandosi in *carta libera* dal bollo, del resto niuno creda che la citazione per biglietto sia cosa arbitraria ed informe, pongasi a riscontro l'articolo 133 col seguente, e si vedrà non esservi sostanziale differenza, e se ve n'ha alcuna, è un errore. L'attore e il reo, la domanda, il giudice, il termine o momento della udienza, la prova della comunicazione dell'atto a colui che è citato sono condizioni di esistenza dell'atto medesimo. Perchè mai si è creduto inutile l'indicare *la residenza o domicilio dell'attore e del convenuto?* non sono codeste indicazioni le norme della competenza? non è forse necessario alle parti di conoscere rispettivamente il luogo ove devono essere citate o notificate in ordine agli altri atti che potranno occorrere nella causa? con qual regola si potrà giudicare se quegli atti furono dall'usciere bene o male eseguiti?

2° Non è senza interesse *se un atto di citazione di questa maniera, che sembra voler essere privilegiato, sia annullabile mancando alcuna delle sue forme e quale.* Anticipando un istante sull'articolo 145, avvertiamo ch'esso è già abbastanza esplicito per colpire di nullità amendue le forme, mentre non vi è differenza quanto ai sostanziali, e non vi può essere.

Se anche in codeste minime cause la citazione possa mandarsi al *domicilio già detto*, non è a dubitare.

Articolo 134.

L'atto formale di citazione deve contenere:

1° il nome e cognome dell'attore; il nome, cognome, la residenza, il domicilio, o la dimora del convenuto;

2° i fatti in compendio e gli elementi di diritto costituenti la ragione dell'azione, con le conclusioni della domanda, e con l'offerta di comunicazione, per originale o per copia, dei documenti sui quali esse si fondano;

3° l'indicazione della cosa che forma oggetto della domanda, con le particolarità che servono a determinarla;

4° l'indicazione dell'autorità giudiziaria, davanti la quale si deve comparire;

5° la dichiarazione della residenza o del domicilio dell'attore. Se l'attore non abbia residenza o domicilio nello Stato, l'atto di citazione deve contenere inoltre l'elezione di domicilio nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria davanti la quale si deve comparire, con indicazione della persona e dell'ufficio presso cui si fa l'elezione. Questa elezione può anche essere fatta dall'attore che abbia residenza o domicilio nello Stato.

Nei giudizi in materia commerciale la dichiarazione o elezione di domicilio deve farsi a norma dell'articolo 393;

6° la indicazione del termine entro cui il convenuto deve comparire, o del giorno dell'udienza se si tratti di citazione in via sommaria.

Nelle cause in cui è necessario il ministero del procuratore, l'atto di citazione deve inoltre indicare il nome e cognome del procuratore dell'attore.

L'atto è sottoscritto dall'usciere.

Annotazioni

1. *Generalità sull'atto di citazione.* — I nostri legislatori sono venuti in certo modo oscillando sulla idea, se la citazione dovesse considerarsi un *atto unico*, ovvero in *due parti diviso*. L'articolo 132 del Codice di procedura del 1854 fu sollecito di dichiarare che *l'atto di citazione consta di due parti*: la *prima*, compilata a cura dell'attore, contiene la succinta esposizione del fatto, l'oggetto, le specifiche conclusioni; l'*altra*, opera dell'usciere, contiene la notificazione della domanda fatta al convenuto e la citazione. Era già questa una novità, perchè in Francia la citazione è considerata puro atto di usciere. La nostra storia parlamentare ci narra che, quantunque la Commissione incaricata della revisione del progetto del Codice di procedura civile ritenesse la utilità della divisione, la camera dei deputati non volle scostarsi dal sistema dell'unità già adottato in Piemonte colle RR. Patenti del 1843; ma avendo nel Senato prevalso l'idea contraria, l'articolo 132 fu in seguito formolato come si vide nel Codice. L'art. 53 del Codice del 1859 mantenne la divisione in due parti e l'espresse, una attribuì all'attore, l'altra all'usciere, e prescrisse le separate sottoscrizioni. Dalla Relazione Pisanelli si ha che codesta divisione della citazione in due parti, per attribuire la prima all'opera del causidico, e la seconda a quella dell'usciere, era ancora coltivata, ma l'articolo 134 ne ha fatto invero un atto unico, ed *è sottoscritto dall'usciere* che lo fa proprio, salve le sue indennità contro il vero autore dell'atto, che è rare volte la parte stessa, quasi sempre il causidico. Non si trova più necessario, anzi non sarebbe più coerente a questa forma la *sottoscrizione intermedia dell'attore o di un suo mandatario*, secondo l'articolo 52 del Codice del 1859.

2. *Data.* — Nell'articolo 61 del Codice di procedura civile franc. è posto l'obbligo della data come cosa essenziale. Nell'articolo 132 del Codice piemontese del 1854 era detto: *l'usciere dovrà esprimere in essa* (citazione) *la data del giorno, mese ed anno.* Nel successivo non si parlò più di data, e ora non se ne parla. Ma la data dell'atto di citazione è una cosa *à plus d'un titre nécessaire*, diceva Boitard, e *absolument essentielle*. E ciò in ordine alla prescrizione che l'interrompe, in ordine agli interessi della mora che cominciano a decorrere, e via discorrendo. Intendiamoci una volta. *La data ci dev'essere, essa però non riguarda le forme elementari dell'atto di citazione, ma la sua esecuzione.* La data è puramente la testimonianza che l'atto di citazione è stato eseguito in un dato giorno od ora mediante notificazione, e così ha raggiunto il suo primo scopo. Il rapporto fra l'attore e il convenuto è fissato: ecco l'importanza della data che compie il fatto storico della comunicazione e ne stabilisce il momento. Questo è il vero, positivo, e certo uffizio dell'usciere, è un operazione distinta dall'atto, non può trovarsene la menzione che fuori di quello, o, se volete meglio, dopo di quello, quantunque con esso in modo congiunta da formare un tutto correlativo.

Chi esamina la redazione di codesti articoli con occhio attento è costretto a dolersi d'inesattezza, e in siffatte indicazioni materiali nulla è più facile, ma nulla è anche più grave. Al numero 1° *della citazione per vigl elto* troviamo esser debito di indicare *il giorno, il mese e l'anno della notificazione, e l'ora* in cui

segue la medesima, se la citazione sia fatta per comparire nel medesimo giorno. Di questa formalità non il menomo cenno nell'art. 134, che descrive l'atto formale di citazione. La data della notificazione, come si è detto, è affare del cursore, ed è fuori della citazione, *posterior tempore*, ma a quella si aggiunge e si congiunge nello stesso foglio, costituisce con ciò la perfezione dell'atto medesimo. Laonde l'articolo 134 non dovea dichiarare soltanto *l'atto è sottoscritto dall'usciere*, ma dovea in giungere eziandio, e letteralmente ordinare, che appiedi della citazione doveasi apporre la *relazione dell'usciere*, e avrebbe fatto assai bene richiamando le tre condizioni dell'abrogato articolo 53 che riportiamo: *La seconda parte della citazione è opera dell'usciere, il quale deve sottoscriverla e indicare nella medesima: 1° il suo nome, cognome, l'autorità giudiziaria al cui servizio è affidato; 2° il giorno, mese ed anno, in cui procede all'atto; 3° la persona alla quale l'atto viene consegnato.* Il pratico non troverà nè che l'articolo 135, nè che l'articolo 139 rappresentino sufficientemente una dichiarazione cotanto essenziale. Che la legge non abbia voluto che risulti espresso il fatto storico della notificazione, o la menzione della sua qualità di mano dello stesso ufficiale eseguente e la indicazione dei modi tenuti a praticare sì grave ufficio, non è permesso neppure il pensare: vi è dunque una omissione nella legge, bisogna confessarlo, ma la legge anteriore è là, e riempie la lacuna. Niuna vera alterazione in ordine a questo rilevantissimo rito produce la omissione, nè lo vedremo proseguendo il nostro esame.

3. **Al numero 1.** — *Il nome e cognome dell'attore e del convenuto* (Intorno all'effetto che la mala indicazione può portare rapporto alla validità dell'atto vedi l'articolo 145). Ricerco ora *se la regola sia generale e illimitata*. Un corpo morale non può comparire nell'aringo giudiziale senza che per esso si annunzi e si faccia conoscere il suo rappresentante. Nessun corpo morale può essere tradotto in giudizio se non nella persona certa e determinata del suo rappresentante. Una società commerciale non cita, non si cita una società commerciale in globo.

4. **Questioni.** — a) *Se la citazione vien fuori ad istanza di un pubblico funzionario, di un prefetto, di un sindaco, di un procuratore del re, è necessario che se dichiari il suo nome e cognome?* Dirò francamente che la giurisprudenza francese è decisamente, concordemente, assolutamente negativa. *Voilà un cas à peu près unique* (dice Boitard all'articolo 61 del Codice di procedura civile, accennando al noto dettato *nul ne plaide par procureur hormis l'empereur*), *qui, dans l'exigence de l'article 61, ne devra pas s'appliquer, dans lequel les noms* (cognome e prenome), *profession et domicile du véritable intéressé ne figureront pas dans l'exploit d'ajournement. Je dis à peu près unique, car la force des choses entraîne encore une autre exception à cette exception. Supposez, par exemple, une demande dirigée par un fonctionnaire public en cette qualité de fonctionnaire, c'est-à-dire dans l'intérêt du corps qu'il administre, par exemple, un préfet agissant au nom de l'État... un maire plaidant au nom de sa Commune.* In simili casi deve bastare la espressione della qualità del funzionario (Carré, quest. 286, Dalloz, Boncenne, *Des ajourn.*, ch. II; Thomine, De Langlade, ecc., Cassaz. 25 luglio 1825, *Journal Av.*, tom. XXX, pag. 139). Che importa, si dice, il nome e cognome, ossia che importa la individualità del funzionario? È la carica che parla, è la carica che agisce, è la carica che si chiama in giudizio (certo essendo per la natura dei correlativi che ciò che si afferma per l'attore, affermasi non meno per il convenuto). È possibile contrastare contro una sì grande, una così potente uniformità di pareri? Io lo ardisco. In giudizio vi sono delle persone morali, ma rappresentate da persone fisiche. Il Codice di procedura, materiale com'è, non parla che di persone fisiche. Un rapporto, oppositivo sì, ma un rapporto si forma fra i contendenti; la loro individualità viene in contatto cogli *interrogatorii*, coi *giuramenti*, che non si potrebbero deferire alle personalità astratte. La individualità fornisce materia alla prova, contro il sindaco in astratto di un Comune, contro la sua individualità nascosta e perduta nel titolo della carica, io non posso avanzare per certi fatti particolari una prova testimoniale, ma se quel sindaco è il sig. *B. C.*, io posso provare che il sig. *B. C.*, anche nella sua qualità di sindaco, mi ha assolto dal debito in parte se l'assoluzione sia o no valida. Il sig. *B. C.* che è pure un funzionario pubblico, e in siffatta qualità agisce, può portare con sè delle responsabilità personali, verso di me convenuto, come verso i suoi stessi rappresentati. Non è vero adunque che il suo nome e cognome, ossia la manifestazione della sua individualità, nulla importi. *La forza delle cose!* Invero sente un poco dell'enfasi consueta al Boitard. *Se la forza delle cose esige che il rappresentante di un corpo morale non esprima*

« lit, eam edere debet, nam æquissimum videtur eum qui acturus est, edere actionem
« ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat et si contendendum
« putat, veniat instructus ad agendum cognita
« actione qua conveniatur » (lib. 1, *De edendo*).

La cosa che forma oggetto della domanda è una espressione di studiata generalità, ed abbraccia ogni finalità libellare, tutto ciò a cui può aspirar l'uomo che fa una lite; sia morale o reale, una posizione sociale e un diritto onorifico, come una somma di danaro, un effetto mobile, o una possessione. La formola del num. 3 io la credo perfetta. *Le particolarità che servono a determinare la cosa* sono specialmente opportune agli oggetti materiali. Qualche volta le *particolarità* saranno la precisa indicazione del luogo ove si contiene la universalità dei mobili qualche altra i confini dell'immobile e in tutto è questione di apprezzamento.

5. **Al num. 6.** — *Dichiarazione di residenza o domicilio. Elezione di domicilio.* È da avvisare una novità introdotta dalla recente procedura. Si osservi che al num. 1 si parla *della residenza, domicilio o dimora del convenuto*, non punto dell'attore. Ciò è diverso da quello che poneva il precedente Codice all'articolo 53, num. 1, *è necessario che l'attore abbia una residenza o un domicilio.* Ecco il sostanziale. Prima bastava che l'attore avesse *una dimora*, e la enunciasse. Ora la dimora non basta. Si considera quasi straniero; e non avere che una *dimora* vuol dire esser vagante sulla superficie dello Stato (ora fortunatamente assai estesa), e non viverci che precariamente. È dunque saggio avvedimento di obbligarlo ad *eleggere il domicilio nel Comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria* e saggio è ancora abilitare l'attore, *avente residenza e domicilio nello Stato*, ad eleggerlo. Ogni favore che si comparte al diritto d'elezione è un acquisto della libertà giudiziaria, comunque in questo caso non determini la giurisdizione locale, ma serva ai comodi dei giudizii.

È manifesto che l'attore può bensì eleggere domicilio a se stesso in modo che torni utile eziandio al convenuto, ma non può disporre di quello del convenuto e quindi non può alterare l'ordine delle giurisdizioni, *che è sempre stabilito in fatti anteriori al giudizio.*

Vedesi per altro nel nuovo sistema attribuito al domicilio eletto dall'attore, *judicii causa*, una vera importanza assorbente, mentre quello diventa il suo domicilio a tutti gli effetti, per qualunque comunicazione eziandio privilegiata, ecc., onde io credo finita la vecchia e intricata controversia se l'attore, *oltre il domicilio eletto, dovesse pure indicare il suo domicilio reale.*

La conclusione che qui si pone è certo assai ponderosa, e deve avere solidi fondamenti. Primieramente dev'essere assicurato se la *indicazione del domicilio fatta nella stessa citazione* equivalga a quella che si richiede dalla legge; essendo motivo di dubitare una decisione della corte d'appello di Nizza del 20 marzo 1856, ove il contrario si ritenne (*Gazzetta dei Tribunali*, 1856, p. 220). Ma parmi ora levato il dubbio. Il num. 5 dell'art. 134 è complesso e unico, e rappresenta i diversi modi coi quali l'attore può soddisfare a questo suo debito. Io trovo che ve ne ha uno elettivo, ed uno necessario *necessario* è per colui che non ha nello Stato che una semplice dimora, o anche non l'ha, *elettivo* è per chi ha residenza o domicilio, il quale potendo dichiararlo, può anche se gli piaccia, elegger domicilio nel comune, e quello enunciare. A me però sembra che codeste forme siano parificate.

L'altro fondamento che pure dev'essere solidissimo, egli è, che *al domicilio eletto possa farsi ogni sorta di comunicazione o notificazione*, che invero non era facilmente consentito dalle anteriori legislazioni. E per lo spirito della odierna non ne dubito ne trovo la conferma nell'art. 140 e nel 367, e non incontro disposizione che al domicilio regolarmente eletto surroghi il domicilio reale. Ma dovrò dirne qualche altra cosa all'art. 140. (Vedi anche all'art. 367).

6. **Al numero 6.** — *Indicazione del termine e, occorrendo, del procuratore.* Il *termine a comparire* dev'essere indicato in modo che non resti incerto. Ecco ciò che si raccoglie dai combinati articoli 135 e 145, num. 2. Il termine indicato vuol essere *specifico e formale*, e non generico, perchè vi sarebbe incertezza. Onde non si adempie al dovere assegnando il *termine di legge*, checchè abbiano sentenziato più e più volte i tribunali di Francia; giurisprudenza rigettata dal Boncenne e dal Boitard, dal Chauveau all'articolo 61, numero 137, eppure adottata da alcune delle nostre corti d'appello (corte d'appello di Chambéry, 12 gennaio 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, 1858, p. 701) io credo con reminiscenze francesi. Vero è che coll'aiuto di calcoli più o meno difficili si può dedurre che il *termine di legge* è di due, o di quattro, o di sei giorni, indagando se *il luogo in cui si congiunse la*

citazione e quello in cui si deve comparire siano nello stesso comune o in mandamenti limitrofi, e se questi siano compresi o no nella giurisdizione dello stesso tribunale civile. Ma si deve riflettere 1° che la lettera dell'articolo (*la indicazione del termine*) include la nozione di *tempo determinato*, sia perchè tale è l'ufficio del verbo *indicare*, sia perchè il termine concreto che deve indicarsi è il *risultato del calcolo*, e non il calcolo stesso, 2° che, essendo così facile esprimere il termine, la oscurità sarebbe studiosa e moralmente redarguibile, e avrebbe l'aria di un'insidia, 3° che vera certezza sul giorno in cui si deve comparire, non ci sarebbe, 4° che in molti casi lo stesso calcolo potrebbe obbligare ad una specie di esame geografico e di studio sulle circoscrizioni giudiziarie (base del nuovo sistema), che non è senza pericolo di errare pericolo che l'attore deve egli stesso assumere, e non addossare alla parte contraria.

2. Precedenti storici — *Della citazione a termine più breve o più lungo di quello che è ingiunto dalla legge* Tutti i proceduristi ne hanno discorso, decisioni sopra decisioni, pro e contro, gettarono la confusione nella giurisprudenza. Si discorse del *termine breve* e del *termine troppo breve* Anche in favore del *termine troppo breve*, ch'era evidentemente un peggiorativo, ci sono delle decisioni, e molte (V. Carré-Chauveau, art. 61). Si è però osservato che d'ordinario in quei casi si disputava del *termine aumentativo*, ossia dell'*aumento del termine* per la distanza, sistema ora abbandonato. Taluno argomentava che, dato il termine ordinario, il difetto del termine aumentativo non rendeva troppo angusto lo spazio per comparire Merlin, contrario alla nullità, faceva un dilemma di questa maniera. Userò le sue parole « Quel sera donc l'effet d'une assignation donnée à un délai trop court? De deux choses l'une, ou le défendeur cité à un délai trop court comparaît sur l'assignation, ou il ne comparaît pas S'il ne comparaît pas, le juge doit ordonner qu'il sera réassigné, et condamner le demandeur aux frais de la première assignation *Si le défendeur comparaît, il peut, en excipant de la brièveté du délai de son assignation, demander à jouir de tout le délai que la loi voulait qu'on lui accordât, mais c'est une faculté à laquelle il est libre de renoncer* » Mi piace di citare avversi a questa sentenza il Boitard all'articolo 61, num. 167, il Favard de Langlade, v° *Ajournement*, il Pigeau, il Carré, quest 321, il Chauveau, ivi, il Thomine Non produrre nullità la omissione del termine della distanza, disse la corte di Genova il 12 gennaio 1856, *Gazzetta dei Tribunali*, 1856, pag 581).

Veniamo a noi, e per necessità anticipiamo un momento sugli articoli 145 e 156 le nostre osservazioni.

Facciamo più ipotesi 1° se il termine è omesso del tutto, 2° se è enunciato in forma generica V sopra Annotazioni, num 1, 3° se il termine dato è più breve o più lungo di quello che dev'essere, 4° se è espresso con frase insolita, ma in modo intelligibile

Prima ipotesi Nessun dubbio, la citazione mancante di termine è nulla È pure a pena di nullità, nella citazione *a udienza fissa*, o che ora dicesi *in via sommaria*, deve indicarsi *il giorno della udienza* (corte di Genova, 1° maggio 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, 1855, p 632, di Torino, 22 gennaio, 1858, Bettini, vol. II, p. 65; di Nizza, 26 giugno 1857, *Gazzetta dei Tribunali* 1857, p. 464, di Casale, 1° dicembre 1857, Bettini, vol II, pag. 847; contra Nizza, 5 maggio 1855, Bettini, vol II, pag 35; e 9 gennaio 1856, Bettini, vol. II, pag 45).

Seconda ipotesi. Ho superiormente risposto (Annotazione num. 1

Terza ipotesi, chè è l'oggetto della ricerca. Non è il caso della *incertezza assoluta del termine a comparire* il termine è anzi certo, certissimo ma è più breve, di un giorno invece di due, di due invece di quattro. Non è dunque nullità dell'articolo 145, num 2, e se in nessun luogo del Codice fosse specialmente dichiarata, una legge generale o piuttosto un principio colpisce di nullità la citazione, *mancando all'atto un suo elemento essenziale* il giusto termine (V l'articolo 56) Il termine è parte essenziale della sua forma *termine minore di quello che dà la legge è termine insufficiente:* il termine è dato alla difesa, chi vi sottrae, lede il diritto inviolabile della difesa.

Non crederei che il dilemma di Merlin sembrasse a qualcuno una cosa seria Nel rapporto del diritto nazionale la questione è risolta dall'articolo 153 V appresso). Esso era stato preconizzato dalla ragione

Il termine più lungo, *quando non fosse e risultasse malizioso*, non farebbe cadere la citazione Infine è un vantaggio di cui gode il convenuto

Ciò si ritiene generalmente, ma si crede che il convenuto, in questo caso, non volendo star sulla corda, possa *anticipare e restringere più o meno nel giro del termine legale* In qual modo? con qual procedura? È qui pure è consiglio comune dei pratici che il citato costituisca il suo procuratore, e per mezzo suo

faccia proporre la causa, anticipando, se gli giova, sul termine eccessivo che gli è stato assegnato.

Quarta ipotesi. Ecco delle quattro ipotesi che abbiamo proposte *la sola che potrebbe cadere* (incertezza *sotto la sanzione* dell'articolo 145, numero 2. Non amiamo, in questa materia tanto positiva, le *frasi insolite*, ma se non vi sarà una vera incertezza sulla misura del termine, passerà senza danno.

Seguono alcuni schiarimenti ed aggiunte, che si trovavano traslocate nelle precedenti edizioni

L'atto di citazione nel moderno sistema deve considerarsi unico.

Ma ciò riguarda la forma, non la sostanza dell'atto - l'usciere non è il mandatario di diritto dell'attore, per quanto spetta alla estensione della citazione, egli continua ad essere l'uffiziale esecutore.

Osservazioni a schiarimento di questo concetto.

I.

L'*atto formale di citazione*, secondo l'articolo 53 del cessato Codice di procedura del 1859 *constava di due parti*. La prima parte veniva dalla legge attribuita all'*attore* ed era sottoscritta da lui, ovvero dal suo procuratore o mandatario; e si diceva *opera dello stesso attore*. La seconda era attribuita all'usciere, e si diceva *opera sua*, e da lui era sottoscritta.

L'atto di citazione nel novello Codice serba gli stessi requisiti gli stessi caratteri costitutivi, non essendo punto arbitrari o mutabili, ma *nel rispetto della funzione* sembra avvenuto un cangiamento Dice l'articolo 132 che *le citazioni si fanno col ministero dell'usciere*, più non si domanda *la sottoscrizione dell'attore o del suo procuratore*, ma quella ed unica dell'usciere *l'atto è sottoscritto dall'usciere* (articolo 135

Queste novità del Codice suscitarono il dubbio, se non avesse voluto la legge affidare allo stesso usciere la redazione dell'atto di citazione, sicchè quella che nel passato Codice dicevasi opera divisa dell'attore e dell'usciere, ora non dovesse dirsi interamente *opera dell'usciere*. In qualche provincia questa classe di funzionari, che ha il sentimento della maggiore importanza acquistata colla nuova procedura, parve reclamare a sè la redazione dell'atto di citazione come sua propria funzione e diritto; onde venne ad urtare con quella superiore dei causidici, maravigliati di quella che essi dicevano arroganza degli uscieri, che a ciò non avrebbero nè attitudine nè vocazione legittima (1).

L'atto di citazione che secondo la legislazione precedente appariva in due parti diviso, ora si considera *atto unico* questo è certo. È così certo che alla prima parte dell'atto, che la legge stessa determinava, si esigeva la soscrizione dell'attore o del suo rappresentante legale, ed ora a tutto l'atto basta quella dell'usciere

Una ragione vi dev'essere di questo cangiamento qualche conseguenza dovrà dedursene La conseguenza è che tutto l'atto, *quanto alla forma* rimane sotto la responsabilità dell'usciere. Se l'atto di citazione manca *della indicazione dell'autorità giudiziaria, del nome e cognome delle parti, del termine*, ecc., sicchè l'atto cada in nullità, se un uffiziale pubblico deve risponderne, secondo l'art. 60, questo uffiziale è l'usciere. E chi mai lo sarebbe fuori di lui?

Decisamente la responsabilità dell'usciere si è aumentata colla nuova legge, quindi una corrispondente ampliazione di attributi. Egli rimaneva completamente estraneo alla prima parte della citazione sottoscritta dall'attore o dal suo procuratore. L'ufficio dell'usciere si restringeva a quello della notificazione, che è veramente la parte sua. E di questa sola era

---

(1) I gravi dispareri che ne sorsero nelle provincie lombarde sono attestati da una monografia del illustre avv. Giulio Cesare Sonzogno (Milano-Firenze, Editore Edoardo Sonzogno, 1865), che con quella forza d'analisi che gli è propria, respinse le pretensioni degli uscieri

tenuto responsabile, l'altra egli riceveva passivamente dalle mani dell'attore.

Ne segue forse che l'usciere abbia dalla legge l'incarico, il mandato, di redigere l'atto di citazione o la facoltà della redazione gli derivi dalla sua stessa funzione e dalla responsabilità che pesa sopra di lui?

Dappoichè la legge si è dato il pensiero di descrivere un atto di procedura, e che l'ufficio e lo scopo di esso è chiaramente determinato, la sua [illegible] analitica appartiene alla ragione, alla critica, e il legislatore stesso non potrebbe dettare una nozione diversa da quella che fosse propria della natura dell'atto. La citazione ha un carattere complesso, moltiplice, e per parlare l'antico linguaggio, consta *di più parti*. Vi hanno *forme estrinseche* dalle quali dipende la sua materiale esistenza, vi ha una parte che può ben chiamarsi *sostanziale*, ed è quella in cui si propone e si formola il diritto dell'azione, si espongono le ragioni, si enunciano le prove, si descrive l'oggetto della lite. L'ufficiale esecutore non può dalla sua propria funzione derivare nè la scienza, nè la volontà, nè la ragione di diritto, nè il sistema d'attacco, nè la previdenza delle obbiezioni che più o meno espressamente sono contenute nel corpo della citazione.

La divisione adunque profonda, indelebile, è nella natura dell'atto. La legge non esprime più questa parte essere opera dell'*attore*: che importa? Essa è dell'attore o del suo difensore, che è tutt'uno. L'usciere non può pretenderlo, l'usciere continua a rimanervi estraneo, se alcuno usciere se ne arroga la redazione, e si dice che è una prefor[illegible], non si dice male. Io metto da parte la questione della capacità, non si offende l'intelligenza di nessuno quando si dice ch'essa si reputa proporzionata alla funzione che deve esercitare. L'usciere come tale, non può gareggiare di scienza e d'arte coll'avvocato nel difender le cause, egli non può tenersene umiliato, e deve riporre la sua ambizione nel bene adempiere l'ufficio suo, già molto importante. Egli dunque riceve la citazione com'è, con tutta l'esposizione giuridica che vi è contenuta, nè vi può aggiunger verbo, nè introdurvi variazione di sorta, perchè parole e frasi e formule corrispondono al concetto, allo spirito, allo scopo della difesa.

L'usciere non potrebbe togliere argomento dal capoverso dell'articolo 97 del regolamento giudiziario (14 dicembre 1865): La parte *richiedente la citazione*, deve fornirgli le nozioni necessarie. L'usciere può volerle *in iscritto e con firma della parte* (1). Sia. La parte *richiede la citazione* quando dice all'usciere: stendetemi quest'atto (2). Ma procedendo si scorge che l'argomento non giova, ma nuoce. L'usciere incaricato di stendere la citazione deve avere in mano la giustificazione del fatto suo. Non solo lev'essere fornito delle opportune nozioni, ma gli conviene la prova che quella fu in effetto la intenzione dell'attore, e ch'egli non ha fatto che darvi adempimento. Ma se l'atto gli si consegna intiero e compiuto, da quella parte in fuori che all'ufficio suo esclusivamente appartiene, non è soddisfatto ancor meglio il voto della legge, salvo ch'egli non desideri anche la firma dell'attore a maggiore sua cautela?

L'usciere in questo, come negli altri atti nei quali eseguisce e manda ad effetto la volontà delle parti, egli riveste due qualità, egli è il *mandatario legale* per tutto quanto spetta all'oggetto della esecuzione, è l'*ufficiale pubblico* relativamente alla funzione. Nella prima qualità egli non risponde se non della conformità della esecuzione col mandato, cioè colla mente e volontà dell'attore, nella seconda egli è libero e responsabile del proprio modo di agire. La parte è padrona della propria volontà, ed *anche della espressione di questa sua volontà*, perchè la espressione del pensiero è una forma dello stesso pensiero. L'usciere ha ben diritto di leggere questo atto che deve eseguire, ma non può respingerlo nè proporre modifi[illegible], [illegible] sia o immorale o illegale, in guisa che ne sia *impegnata la sua propria responsabilità* (3).

Tirate queste linee, è manifesto che l'usciere che ha la missione legale di autenticare tutto l'atto colla sua firma, può inoltrarsi sin dove arriva la responsabilità sua, cioè può rivedere la parte *estrinseca della citazione*, comunque consegnatagli dall'attore o dal suo difensore, e ciò entra nella sua funzione.

Ma su questo suolo germoglia facilmente

(1) E quel benedetto voler troppo che è uno dei vizi della nostra procedura! Se ne vide altro esempio [illegible], e si [illegible] senza alcuna difficoltà.

(2) L'usciere stesso può redigere l'atto di citazione [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible], come veniamo a dire.

(3) Si deve notificare, per esempio, la *dichiarazione di un terzo sequestratario*. L'atto che contiene la dichiarazione è consegnato all'usciere. Pretende egli forse [illegible] [illegible] la dichiarazione [illegible] [illegible] [illegible] dire [illegible] citazione sostanziale.

l'equivoco, nè si è ancora finito di distinguere.

Si consegna all'usciere una citazione, e fu dimenticato d'indicare il tribunale, d'indicare il termine, tralasciato il cognome di un litigante, omessa qualche altra formalità estrinseca essenziale, come ebbi a notare di sopra. L'usciere non deve notificare l'atto informe, ma proporre le sue correzioni, interpellando la parte o il suo procuratore: così da questo lato il suo diritto di revisione torna evidente.

Ma riempite che siano le formalità estrinseche, se ciò che all'usciere sembra un errore non abbia il carattere della evidenza materiale, non può levarsi a sindacarlo. Non spetta a lui il giudicare dell'azione, dell'autorità giudiziaria che deve invocarsi, della ragione stessa del termine che il procuratore ha calcolato nelle speciali sue viste. Con rette intenzioni e col sentimento del dovere, non offuscato dal lievito dei piccoli dispetti, s'intende facilmente (1).

È valido l'atto di citazione, benchè non abbia che una sola firma dell'usciere dopo l'attestato di notificazione.

Questa massima è stata confermata da più decisioni. Ricordo quella del tribunale di Firenze (26 febbraio 1865. Legge 1867, n° 31), ed altra della cassazione di Firenze, 25 febbraio 1867 (Legge 1867, n° 37).

Fu bene osservato dal valente redattore di quel giornale che la questione nacque « dal « tenore incongruo della legge, la quale parla « della citazione e della notificazione come di « due atti separati, e dall'articolo 135 che usa « la parola *copia*. ..., quando invece non si « tratta che di esemplare dell'atto stesso conte- « nente la citazione, ed in calce la dichiara- « zione di essere stato notificato ». Bisogna convenire, il dubbio era fondato nelle oscitanze della legge. È noto che fu necessario provvedere col decreto 6 dicembre 1865 ad una seria dimenticanza intorno all'atto di notificazione, e così integrare poco costituzionalmente una legge con un'emanazione del potere esecutivo. Laonde l'unità del dettato legislativo ne fu scissa ancora di più. L'art. 134 in sostanza parlava dell'*originale* della citazione, che senza l'atto di notificazione non esiste, e diceva che quest'*originale* dev'essere sottoscritto dall'usciere. Se la disposizione fosse stata raccolta come si doveva nell'articolo 134, se non si fosse dovuto chiedere in sussidio il potere esecutivo per integrarla si sarebbe veduto che la *sottoscrizione* dell'usciere era complementare di un atto che non poteva considerarsi che unico, la *citazione notificata*. Si sarebbe veduto insomma *che non occorrevano due sottoscrizioni* (2). Chiaro è poi dall'articolo 145 che anche *la copia dev'essere sottoscritta dall'usciere*, e vale dire che essa non è che un secondo esemplare al tutto conforme al primo.

Qual metodo dovrà tenersi se la citazione abbia a notificarsi da diversi uscieri in separate giurisdizioni?

Potrebbe farsi un *solo originale* che, passando di mano in mano agli uscieri degli altri distretti, porterebbe la firma di ciascuno di essi dopo l'atto rispettivo di notificazione. O più originali potrebbero farsi, ogni originale è firmato dall'usciere notificante che firma ugualmente la copia, e questo basta. Così soleva farsi in vari dei nostri fôri, e senza inconveniente. Questo sistema si collega con ciò che si è detto superiormente, che il corpo della citazione è opera dell'attore, altrimenti ogni usciere vorrebbe porvi il becco, scusate la frase; egli non è domino che del proprio atto che è quello della notificazione.

II.

(Sull'articolo 134, in fine).

È nullo l'atto di citazione nel quale sia stato omesso il nome del procuratore qualora il giudizio sia di natura che la parte attrice non può stare in giudizio se non da quello rappresentata (articoli 134 e 145, num. 2).

La contraddizione veramente enorme in cui è venuta la nostra giurisprudenza su questo articolo di questione, costringe a riportarvi l'attenzione: ma la divisione è troppo profonda, e troppo alte intelligenze sono impegnate nella contraria dottrina per potere spe-

(1) Quanto al *diritto delle copie*, il mio parere è favorevole agli uscieri, non potendo nascer dubbio sulla chiara disposizione dell'articolo 264 della tariffa. È un emolumento che l'usciere, così sottilmente trattato, non deve perdere, quand'anche la copia si facesse nello studio del procuratore. In massima l'usciere ha diritto di portare alla carta legale la minuta che gli viene dalla parte, l'atto essendo veramente suo dal lato estrinseco.

(2) A qual pro difatti sottoscrivere la parte anteriore alla *notificazione*? Rapporto all'usciere, quella sottoscrizione sarìa posta, a così dire, nel vuoto, mentre la firma di lui, essenziale come prova della eseguita notificazione, che avrebbe provato prima di essa? Qual nome si sarebbe dato a quella carta da lui sottoscritta a mezzo? Domando ancora, perchè quella doppia sottoscrizione?

pare che l'umile voce di uno scrittore che non può dir cose nuove, valga a sciogliere le difficoltà (2).

Confesso che scrivendo io sul Codice non previdi questa gran lotta intorno all'art. 145, che mi parve e continua a parermi semplice e decisivo.

Esso comincia — *la citazione è nulla... se per la inosservanza delle altre norme stabilite dagli articoli* 133 *e* 134 *vi sia incertezza assoluta sulle persone...* Su quali persone? Quali sono le persone di cui l'atto deve dare cognizione tale che non rimanga *incertezza?* Deve esprimersi *il nome e cognome dell'attore*, *il nome e cognome del convenuto*, *il nome e cognome del procuratore dell'attore*, nelle cause in cui il suo ministero è necessario. Ora la *omissione* è ben più della *incertezza*, perchè più del dubbio è la negazione assoluta.

Vi è forse bisogno d'altro per risolvere la controversia? Ma volete anche persuadervi dello spirito della disposizione?

Osservate l'articolo 156. « Davanti i tribunali civili e le corti d'appello non si può « stare in giudizio se non col ministero di pro- « curatore legalmente esercente » Il procuratore adunque *è persona accessoria*, e forse la legge non lo avrebbe contemplato come persona? Non sarebbe *persona*, e non ne meriterebbe il nome quegli che ha la rappresentanza giudiziale propria del suo ufficio ed esclusivamente sua?

L'atto primo e fondamentale del giudizio deve presentarsi compiuto, intero, perfetto nelle sue parti sostanziali. La persona del procuratore è tanto sostanziale nel giudizio, quanto lo è la persona dell'attore, anzi l'uno e l'altro formano la persona giuridica che sostiene la causa, non potendo il procuratore *in judicio stare* senza il suo rappresentato; nè questi senza il suo rappresentante legittimo.

Uscendo da questo cerchio strettamente logico, si entra nel vago delle congetture, e si smarrisce il vero criterio della questione.

Si è obbiettato che il nome del procuratore diventa superfluo nell'atto di citazione dacchè non si possa in esso certificare la realtà della sua presenza in giudizio, che deve poi effettivamente risultare dalla costituzione mediante il deposito del mandato. Con ciò si vorrebbe forzare l'atto di citazione ad una funzione che non le appartiene, e non si riconosce quella che le è propria. L'atto di citazione *espone* e non *certifica*: spiega l'intenzione dell'attore, manifesta i suoi mezzi principali, ma tutto quanto riguarda le prove è per necessità delle cose *fuori della citazione*. Non si è avvertito che se questa ragione fosse buona a scusare la omissione del nome del procuratore, lo sarebbe extandio a scusare l'omissione del nome dell'attore, anche per lui l'atto di citazione è semplicemente una enunciativa, più tardi collo stesso mandato da lui sottoscritto, e coi documenti che sarà per produrre, si mostrerà se non sia quello un atto immaginario dell'usciere, stantechè la citazione non porta neppure la firma dell'attore.

E nella ragione della legge, come io diceva, che l'atto di citazione sia perfetto in se stesso. Non si potrebbe sconnettere in parti. Come non si potrebbe oggi annunciare la domanda senza motivi, e con soli motivi di fatto senza quelli di diritto, facendo poi dopo qualche giorno una comparsa per esporre i motivi di diritto che mancavano nella citazione coll'animo d'integrarne e compierne l'atto, così non è permesso tacere il nome del procuratore per rivelarlo successivamente nella costituzione. Nell'economia del sistema sono due atti distinti, ciascuno ha una esistenza propria, e i suoi caratteri normali; l'uno non può surrogarsi all'altro e farne le veci. Non possono insomma confondersi.

L'articolo 380 conferma la distinzione. Il

(2) *Sentenze che ritengono la nullità.*

Corte di Perugia, 10 giugno 1868 (*Annali di Giurisprudenza*, 1868, pag. 432).

Corte di Firenze, 5 dicembre 1868 (*Annali*, 1868, pag. 633).

Corte di Torino, 23 aprile 1861 (*Giurisprudenza italiana*, anno VI, pag. 311).

Corte di Casale, 21 luglio 1869 (*Temi casalese*, pag. 143).

Cassazione di Firenze, sentenza del 13 dicembre 1869, a mia relazione.

Sentenze per la validità.

Corte di Genova, 2 febbraio 1866 (*Gazzetta dei Tribunali*, 1867, pag. 300).

Corte di Catanzaro, 13 dicembre 1867 (*Giurista calabrese*, pag. 53).

Corte di Catanzaro, 10 giugno 1868 (*Giurista calabrese*, pag. 243).

Corte di Lucca, 30 novembre 1868, (*Annali*, p. 342).

Corte di Casale, 9 febbraio 1869 (*Temi casalese*, pag. 87).

Cassazione di Napoli, 20 maggio 1869 (*Monitore dei Tribunali*, num. 44, pag. 977).

Conviene però avvertire che alcune di codeste decisioni non risolvono la questione quale si presenta nettamente nei giudizi formali, ma la osservano in relazione al processo sommario e in altro punto di vista.

procuratore dell'attore deve primieramente enunciarsi nella citazione. Indi si costituisce o non si costituisce. Nel primo caso la parte attrice si abilita a sostenere e perorare la propria causa avanti il giudice, nel secondo, lo stesso attore può esser dichiarato contumace (articolo 381). E ciò mostra soltanto che per adempiere a quelle condizioni che sono richieste affinchè l'attore possa intercedere avanti il giudice ed essere ascoltato, due atti sono necessari rispetto alla legale di lui rappresentanza, che sia dichiarata col nome del rappresentante nella citazione, e segua di poi l'effetto mediante la costituzione. Non andiamo cercando se avesse potuto farsi diversamente e meglio, noi guardiamo ciò che la legge volle che fosse. Ripetiamolo: la legge ha voluto che la citazione fosse uno specchio in cui l'attore potesse tracciare i nomi dei suoi avversari, e coll'oggetto della lite i principali motivi in cui s'appoggiano.

Se la legge ha voluto che questa cognizione fosse immediata, che non avesse ad aspettarsi dieci, quindici, trenta giorni, quanti sono dati alla costituzione del procuratore, per conoscerne il nome, se ha posto il suo precetto sotto la sanzione della nullità, non si comprende perchè debba forzarsi l'ingegno per violare la parola della legge.

III.

Se sia indispensabile che l'usciere sottoscriva l'originale della citazione ed anche la copia. Se basti per tutto la sottoscrizione all'atto della notificazione.

Stando alla lettera del testo, e nel rapporto di una perfetta regolarità, l'usciere dovrebbe sottoscrivere 1° l'originale della citazione, 2° la copia, 3° l'atto di notificazione. Ma la giurisprudenza non sembra disposta a pronunciarsi con un rigore che troppo frequentemente metterebbe in pericolo la validità dell'atto (1).

Vero è che l'articolo 145 pronuncia la nullità *se manchi una delle sottoscrizioni prescritte dagli articoli* 134 e 135, e quelle delle quali ivi si parla sono sottoscrizioni d'usciere. È anche vero che la citazione e la notificazione, benchè si vogliano opera dell'usciere, sono atti distinti, lo dimostra la separazione che ne vien fatta negli indicati due articoli; lo dimostra quello che rapporto alla notificazione è dichiarato nell'ultimo periodo dell'articolo 145.

Nondimeno essendoci il modo di sfuggire alla stroncante della nullità, dove per verità non ci sarebbe nè ragione nè scopo, io abbraccio volontieri il concetto della validità non senza certe condizioni.

Ciò che importa alla legge si è, che tanto la citazione originale quanto la copia porti la soscrizione dell'usciere. Ora se noi supponiamo che appiedi dell'uno e dell'altro atto si riscontri quella soscrizione, certo la legge è soddisfatta. E si verifica quando l'usciere scriva sulla stessa carta la sua relazione e la firmi, in guisa che la firma sia l'ultima e chiusa di tutto l'atto. Non saprebbesi volere di più quando di due atti giuridicamente distinti se ne formi uno solo materialmente, e non manchi quella giusta garanzia che la legge richiede onde l'atto ritrae la propria autenticità.

Altro sarebbe se l'atto di notificazione fosse separato, come alcuni fanno con una pratica che io reputo pericolosa e censurabile, allora sarebbe mestieri che ognuno di codesti atti fosse munito della soscrizione dell'usciere.

IV.

Del domicilio del principe spodestato all'effetto della competenza ratione personae (2).

Il domicilio è uno dei postulati della competenza; la relazione materiale del cittadino con un dato punto del territorio dello Stato è sorgente per lui di obbligazioni e di diritti, fra i diritti più preziosi vi è quello di non poter essere distratto dai suoi giudici naturali che, generalmente parlando, sono quelli del suo domicilio: fra gli altri obblighi vi ha necessariamente quello di non poter rifiutare i giudici che la sua elezione gli ha dati. Tutto questo suppone la esistenza di un domicilio personale nello Stato. Il problema che ora si presenta alle riflessioni dell'uomo della scienza dopo essere stato sciolto dalla giurisprudenza, e veramente di un ordine più elevato, è in disputa la giurisdizione dello Stato e non la competenza particolare e rispettiva dei magistrati che ivi esercitano le funzioni giudiziarie.

(1) Sentenza del tribunale civ. di Firenze, 22 febbraio 1867 (*Legge*, detto anno, pag. 561).

(2) La sentenza della corte di cassazione di Torino nella causa fra il principe Gros-Chanel e l'ex-duca di Modena del 25 agosto 1866 è portata in tutte le collezioni. Io la deduco dal *Monitore dei Tribunali* (anno VII, num. 36, 37 e 38) per esservi avuta la diligenza di stampare anche lo splendido discorso del commendatore De Ferrari, procuratore generale in quella corte suprema, che, come è noto, opinò in contrario.

E neppure questo nobilissimo tema potrebbe proporsi in modo troppo astratto. Un principe uscito dal popolo, disceso per una causa qualunque dal seggio supremo, e rientrato nel popolo come i dittatori dell'antica Roma, o come per altro verso spesso accadeva ai tirannucoli italiani nel medio evo, può bene aver riprese tutte le condizioni della vita privata, ed esser colpito, per dir così, nei suoi precedenti, abbandonati per una causa che ha cessato di essere.

È noto che il principe Croy-Chanel pretendeva di avere diritto a portare il *titolo di marchese d'Este*, titolo d'onore ch'egli diceva retaggio de' suoi maggiori, e di volerne spogliato l'arciduca Francesco d'Este che si trovava in possesso del titolo medesimo.

La maestà del principato durare quanto il trono, disse il sig. Procuratore generale, e col comando spegnersi anche la qualunque inviolabilità e il *noli me tangere* che principe assoluto avesse mai attribuito alla propria persona, era il primo assunto dell'esimio giureconsulto nel quale non aveva contraddittori.

E niuno pure, educato nelle nostre idee di diritto pubblico, poteva immaginare che l'autorità giudiziaria non fosse competente a giudicare di diritti e di prerogative che non appartenevano neppure al principe decaduto quasi appendice della sua corona, ma al casato di lui, come ad ogni altro privato, avrebbero potuto appartenere; ed anche in ciò l'orazione dell'illustre magistrato non faceva che esporre con magnifici colori un principio acquisito.

Ma qui comincia la difficoltà. Bisognava stabilire che il duca di Modena si fosse formate delle leggi alle quali dovesse e volesse poi obbedire egli stesso. L'orazione del pubblico Ministero si veniva informando ai principii delle monarchie civili, benchè assolute, nelle quali gl'interessi demaniali, e più quelli del patrimonio particolare del regnante, sono sottomessi a leggi, ed hanno dei giudici che non sono il principe stesso, quantunque creati da lui, al giudizio dei quali egli nonostante si sottoponeva volontariamente. Pare che l'egregio oratore volesse inferirne che quante volte a Modena fosse venuto il Croy-Chanel spiegando il suo stemma e la sua pretesa di titolare del marchesato d'Este, avrebbe trovato dei giudici in Modena che lo avrebbero ascoltato e gli avrebbero fatta ragione, paziente e tollerante lo stesso duca.

E perciò fu costretto a considerare questo duca come un *padre che non può essere straniero in mezzo ai suoi figli*, che, quale principe assoluto e compendiante in sè tutto lo Stato, non avrebbe mai potuto considerarsi straniero allo Stato, che il principe assoluto o costituzionale tanto è *e socio e cittadino dello Stato, quindi nella parte ov'egli ha la sede, vi ha domicilio* (che era la questione), che s'egli fa le leggi e le muta a suo senno, n'è altresì il custode ed il vindice, e dev'essere il primo ad osservarle.

Questo, secondo il sig. procuratore generale, era il carattere che doveva attribuirsi a quel principato, e la sua definizione storica.

Poi, ritenuto come provato che l'arciduca ebbe come sovrano di Modena domicilio in Modena, diceva quel domicilio sussistere benchè quel principe austriaco la sovranità avesse perduta. Rientrando allora negli ordini del nostro diritto interno, osservava che il domicilio che una volta si ebbe, si ritiene finchè non siasi a quello rinunciato. Ma come mai lo avrebbe rinunciato? Ciò facendo, avrebbe rotto quel nesso qualunque che nell'animo almeno e nella speranza lo unisce ancora ai possedimenti perduti, desiderio e sogno perpetuo di tutti i principi spodestati. Era impossibile ritenere che l'ex duca di Modena si sia più e meglio degli altri rassegnato alla sua sorte. Egli ha l'animo di ritornare, checchessia delle onorificenze e delle venture alle quali può aspirare nell'austriaco impero, egli ha l'animo di ritornare a Modena, e fisso in questa idea, e lo dissero anche *incontestabilmente i giudici del merito*.

Sì, rispondevano i difensori del pretendente, vuol tornare, lo spera, ma per rivendicare il trono, e non con altra qualità che di principe sovrano. E il sig. procuratore replicava essere un sofisma. Rammentava gli articoli 23 e 27 del Codice civile, parlava di *diritto di cittadinanza che non può perdersi*, se non quando costi taluno essersi stabilito all'estero col animo di più non ritornare. Ma il nuovo stabilimento, il nuovo domicilio non si sapeva dove fosse, non c'era. Dichiarazione di variare il domicilio non era mai stata fatta. Sia pure non volesse tornare che sovrano com'era partito. Nulla conchiude: la brama di riacquistare un regno [illegible], non toglie la volontà. Ecco la sola condizione da ricercarsi. Sia pure impossibile, ma impossibile non è reputato da chi spera; e non perde il domicilio colui che fugge dal proprio paese per disdegno di un governo a lui intollerabile, e giura di non tornarvi se quello non muti, posto ancora che la mutazione non sia possibile.

A me pare di aver raccolti in poco gli argomenti che l'eloquentissimo oratore avea svolti in ampia misura e colla erudizione che a lui

appartiene. Tuttavia non si può non sentire che il discorso si viene indebolendo mano mano che procede, e alcuni argomenti si trovano, per così esprimermi, errare nel vuoto.

La corte di cassazione, come pure si conosce, seguì un altro sistema. Il principato di Modena era assoluto e dispotico nel senso estremo della parola. In tale foggia di principati, idea di pubblico diritto non vi ha nè si rispetta. L'autocrate non s'identifica coi cittadini.

Si doveva vedere se la dinastia estense (quella cioè che regnava in Modena) avesse mai appartenuto alla cittadinanza italiana. No, dice la sentenza: la sua origine è austriaca, e in quello Stato ha onore, potenza e sede. Venne a Modena per regnare e non per mescolarsi a quella cittadinanza. Ivi regnò assolutamente e tirannescamente; il principe creò dei giudici, non però all'effetto di essere giudicato e per sottoporre al loro giudizio le vertenze di lui personali. È impossibile il supporre che i magistrati giudiziari di Modena avessero avuto facoltà di condannare il duca, di dichiararlo bastardo, o altro che fosse.

Ha un personale domicilio un re assoluto? Se lo ha, non è da tale domicilio che derivano in lui gli obblighi del cittadino. Quel domicilio, se così voglia chiamarsi, non è produttore di obblighi in lui. È un tal quale domicilio incapace di effetti civili, *anomalo*, *connettivo*, *subordinato* all'essere, alla qualità di principe; spenta tale qualità, la residenza cessa, e il domicilio non ha più ragione di esistere. Ciò quanto al domicilio personale: perciocchè quanto al domicilio derivante dalla obbligazione contratta in luogo, niun dubbio che il principe decaduto, considerato pure come straniero, sia soggetto alle leggi del luogo come ogni altro straniero.

La questione della rinunzia, secondo la sentenza, era una questione estemporanea, inopportuna. L'arciduca non avrebbe rinunciato, ma se mai fu e potè chiamarsi cittadino italiano, se ne sarebbe reso indegno, impugnando armi parricide e combattendo nel campo del nostro maggior nemico; ma in realtà l'arciduca non fu, non volle, e non vuole di presente appartenere alla nazionalità italiana.

Se io avrei desiderato, non posso dissimularlo, in quella memorabile decisione espressioni più tranquille, non desidero nè l'altezza dei concetti, nè la verità storica, nè il rigore delle conclusioni giuridiche. Ora la posizione del duca di Modena verso i magistrati che rendono giustizia in Modena, può considerarsi in tre momenti: prima di essere sovrano, mentre lo fu, e dopo la sua decadenza. Prima che quel ramo austriaco scendesse a regnare in Modena, e precisamente prima del congresso di Vienna, l'arciduca, nato nell'Austria e colà avente domicilio, non volle certamente assoggettarsi nè si assoggettò ad avere dei giudici in Modena. Sovrano, si elevò sopra tutti; la natura del suo governo non acconsentiva la esistenza di una magistratura alla quale, per affari a lui personali, molto più in questioni interessanti le sue prerogative di nobiltà e di grandezza, avesse voluto piegar la fronte, accettandone le decisioni. Dopo la caduta, non poteva continuare ciò che non era mai esistito. Sono controversie queste che si decidono colla storia. Uno Stato, senza violare i principii della civiltà e col più scrupoloso rispetto ai diritti degli altri Stati, può tenere avvinti alla propria giurisdizione eziandio gli stranieri, ma il suo Codice dichiara in quali casi. E fra essi non esiste quello di giudicare le azioni prettamente, anzi eminentemente personali, riguardanti i titoli e le prerogative di uno straniero. Si era costretti ad onorare l'ex duca di Modena onde poterlo condannare. Si era costretti a qualificarlo per abito, per volontà, per costituzione del suo regno un cittadino del paese ove non voleva che regnare ad arbitrio, ove dettava leggi e non serviva ad alcuna. La storia era lì, inesorabile, come chiamavala egregiamente il sig. procuratore generale, e la storia è quella che è. I tratti della sentenza sono, direi quasi, monumentali, di un colorito forse troppo vivo per una sentenza, ma mirabilmente veri. L'ex duca ci sfuggiva per la forza del suo medesimo dispotismo, non era la serena ragione della giustizia che potesse farne vendetta. Quanto più il nostro sentire di cittadini italiani ci sospingeva a condannare la vita politica di quell'uomo, tanto più era nostro dovere di rispettarne i diritti, e di mostrarci da ogni passione politica indipendenti.

Ora possiamo riassumere la teoria.

Il principe che ha regnato sul nostro paese, e per una causa qualunque è stato esonerato, può ritenersi soggetto alla giurisdizione delle autorità giudiziarie nazionali, e avanti quelle può essere convenuto anche per le sue obbligazioni personali, s'esso appartiene alla nazionalità italiana, per una di queste due cause: o perchè fosse già cittadino italiano quando venne elevato al seggio supremo, o perchè la natura del suo governo fosse tale che principe esser non potesse senza essere ad un tempo cittadino italiano.

La costituzionalità imprime al regnante la qualità di cittadino.

Il regnare assoluto e dispotico non crea vincoli ed obbligazioni coi sudditi durature oltre i termini del regno, essendo per se stesso la negazione di qualunque comunanza giuridica coi propri sudditi, ancorchè il regnare assoluto sia stato moderato da temperamenti civili, dipendenti però dalla volontà del principe.

Il rispetto delle leggi da lui create onora il principe, e si comprende, finchè esistendo il suo regno, ciò stabilisca una forma e un modo del suo governo. Cessato il quale (diritto o missione ch'egli abbia creduto di esercitare) se il principe che, per vincolo alcuno costituzionale non fu unito al paese da lui dominato, e di nazionalità straniero, elegga di ritornare al paese proprio, non può ritenersi aver conservato un domicilio personale obbligatorio che non ha mai avuto con questa intenzione e in questo senso, ma deve considerarsi straniero, e colla sua espulsione avere riacquistata la libertà e il diritto che ognuno ha di essere convenuto avanti i suoi giudici naturali in ordine a quei fatti che non derivano dal suo stesso governo, che sono indipendenti da quello, e non riguardano che la sua persona, e per le azioni principalmente che da altri stranieri siano promosse contro di lui.

Articolo 135.

La citazione deve essere notificata alla persona del convenuto mediante consegna di una copia di essa sottoscritta dall'usciere.

Annotazioni.

1. Si è avuto occasione di osservare nella lunga escursione che si è fatta sull'art. 134 che, per un errore (a quanto pare) di redazione, non figura tra le forme che costituiscono l'*unità dell'atto libellare*, la fede di notificazione fatta dall'usciere, che con tutta proprietà è *la citazione*, la vera *in jus vocatio*. La regola di ragione, la tradizione. la necessità delle cose supplisce a quel vuoto, ed ora bisogna riempirne un altro.

Ogni atto di citazione deve arrivare *alla persona*: e sempre arriva. Questa è la *præsumptio juris et de jure* di qualunque citazione, con qualunque mezzo legale inviata La legge comincia dal dire, si notifichi alla persona: *comunicazione immediata*. Poi vengono le *comunicazioni mediate*, che sono tutte quante suppletive. Quindi l'art. 135 si congiunge necessariamente all'art. 139.

E questo va bene. Ma non va bene che l'art. 135 limiti l'obbligo dell'usciere al *consegnare una copia da lui sottoscritta*, e non aggiunga *ch'esso deve farne anche menzione*, certificando la data, indicando la propria qualità, ecc., secondo le osservazioni da noi premesse nell'Annotazione 2 sull'articolo 134 Ma siamo chiari, che così deve farsi, e se non si fa, la citazione non esiste.

2. Si domanda.

a) Se l'usciere debbe conoscere la persona del convenuto, alla quale attesta di aver consegnata la citazione. Assolutamente dev'essere così; se non la conosce, se ne sta in dubbio, non può affermare di aver consegnato la citazione al signor *B.* senza cadere in falsità. Non è mestieri ch'egli dichiari questa sua conoscenza, è implicito. È di lui come del notaio. Alcuni autori (il Démiau-Crouzilhac e il Carré) suggerirono all'usciere la cautela di non notificar l'atto alla persona fuori del suo domicilio, onde evitare il pericolo di essere ingannato, e allora dovrà aggiungere *che la persona è a lui conosciuta*. In qualunque luogo si notifichi l'atto (mentre la legge non ne interdice nessuno, se non forse la casa di un terzo (vedi appresso), importa di conoscere la persona del convenuto e non basta che costui nomini se stesso, checchessia degli altri a cui si fa una consegna suppletiva, come diremo all'art. 139. In ciò è la verità della citazione, in ciò è la fede del pubblico ufficiale: in ciò è tutta la sostanza del fatto.

b) Si potrà notificare la citazione alla persona del convenuto in casa di un terzo? Si è già detto che la legge non interdice luogo alla funzione dell'usciere, e si fida di lui onde non nasca scandalo, che sarebbe affare di polizia. Nel caso proposto è motivo di dubitare la *garantita inviolabilità del domicilio* (Statuto fondamentale, art. 27, art. 205 del Codice penale), che però suppone la resistenza per parte dell'abitatore della casa ad impedire l'ingresso del pubblico ufficiale, non autorizzato a quell'effetto. La questione è stata esaminata. Il Carré, in una sua prima opinione, tenne che, avendo l'abitante della casa certo diritto di rifiutare l'accesso all'usciere non autorizzato, la consegna della citazione fatta ivi al convenuto non sarebbe valida se non qualora si fosse incontrata resistenza per parte di colui che

vi sta dentro. Di poi ritrattò questa sua opinione (*nous retractons l'opinion qu'on vient de lire*), e fu piuttosto nel credere che la notificazione sia ebbe pur valida, ma il pubblico ufficiale verrebbe punito secondo la legge (quest. 347 all'art. 68 della procedura civile). Il suo annotatore e critico indefesso, il Chauveau, approvò quest'ultimo avviso (ivi). La reputo la soluzione migliore.

c) *Se più essendo i convenuti, debba ad ogni singola persona consegnarsi una copia della citazione.* La notificazione si opera *colla consegna d'una copia alla persona*: copia della citazione *intera*, s'intende. Dirò qualche cosa più avanti sulla differenza fra l'originale e la copia. Non si parla mai di copie singole alle singole parti. La legge non aveva bisogno di dirlo. La giurisprudenza è così generale, così uniforme, che sarebbe proprio un'inutilità il riferir avvisi. Basterà la ragione evidente, che la citazione è *cognizione*, ch'essa dev'essere data piena, perfetta, totale, nè una copia può servire per due. Il dubbio potrà nascere *quando le persone dei citandi siano unite da una tale intimità di relazioni sociali o d'interessi da formarne quasi una sola*: marito e moglie in comunione d'affari e per unico affare, debitori solidari, tutore e pupillo, amministratore e amministrato.

Qui per altro si fa necessaria qualche distinzione. Quando più sono realmente le persone citande, *e tutte capaci*, è sempre indispensabile la singolare consegna della copia della citazione. Fra tutore e pupillo, fra amministratore e amministrato la cosa corre diversamente, e mi riferisco all'esposizione dell'articolo seguente. Se supponiamo un mandatario autorizzato a stare in giudizio per altri, o dalla legge ritenuto tale (articolo 142, capoverso), avviso bastare una sola copia al mandatario, perchè in effetto è il solo che si cita, e la persona del mandante si ha per questo effetto come assorbita nella persona di lui. Non credesi però necessario che siano date *tante copie quante sono le qualità* che può rivestire, o si attribuiscono alla persona citata.

Articolo 136.

Chi non ha l'amministrazione dei suoi beni è citato nella persona del suo rappresentante.

Chi ha limitata l'amministrazione dei suoi beni, o non può stare in giudizio senza l'assistenza o l'autorizzazione altrui, è citato tanto in persona propria quanto in persona di coloro, la cui assistenza o autorizzazione è necessaria.

Se manchi la persona che deve rappresentare o assistere il convenuto, o la medesima abbia interesse opposto a quello del convenuto, e non vi sia chi la supplisca, il presidente della corte o del tribunale, il pretore, o il conciliatore davanti cui è portata la causa, nomina sull'istanza dell'attore un curatore speciale al convenuto.

Annotazioni.

Non ha l'amministrazione dei suoi beni chi è incapace assolutamente, *ha l'amministrazione limitata* chi è incapace relativamente, cioè a certe funzioni civili della maggior entità, fra le quali si annovera la facoltà di stare in giudizio. Il pupillo, il minore sotto la patria o sotto la podestà del tutore, l'interdetto (oggidì che più non s'interdicono i prodighi) sono della prima classe; appartengono alla seconda la *moglie* nei casi determinati dalla legge (articolo 134 del Codice civile), il minore emancipato, ecc. (articolo 318). I primi non sono citati, ma per essi il loro padre o tutore, i secondi sono citati insieme ai loro assistenti, nè così ordinando la legge impone cosa superflua. *Chi ha l'amministrazione limitata*, chi non gode la pienezza dei suoi diritti civili, non cessa di avere una capacità ed una volontà, comunque imperfetta, e quindi il diritto di difendersi, di propulsare l'attacco altrui, di concorrere coi suoi mezzi personali a sostenere le proprie azioni coll'opera adiutrice del suo più presto assistente che rappresentante. *Assistenza* e *autorizzazione* si considerano dello stesso valore nei rapporti giudiziari avvisati da quest'articolo, benchè esprimano due diversi concetti. *L'assistenza suppone il difetto naturale di capacità*, tale sarebbe quella che riguarda il minore emancipato, tal era quella che concerneva il prodigo; *l'autorizzazione è correlativa di una dipendenza civile*, tal è quella di una moglie verso il marito. In tutti questi casi si citano due persone, niuna delle quali potrebbe per se sola operare, e formano insieme la *persona civile*, ma concorrono e non si eliminano, e l'una non assorbe

l'altra, come la persona del tutore quella del pupillo, che in essa si confonde. A due persone citate, due citazioni adunque, ossia due copie della citazione devono mandarsi. Nacque dubbio se, trattandosi di coniugi in comunione di beni, e per fatti della comunione, citandosi, *due copie* avessero a consegnarsi, e fu deciso affermativamente (cassazione franc., 2 aprile 1850, e 9 novembre 1857, Dalloz, *Recueil*, 1857, part. I, pag. 77).

Articolo 137.

La citazione è notificata:

Per le società di commercio a chi le rappresenta come socio o come amministratore dello stabilimento sociale;

Per l'unione o la direzione formata dai creditori a uno dei sindaci o direttori;

Per la massa dei creditori, prima dello stato di unione, a uno dei sindaci.

Annotazioni

1. Il presente articolo si occupa di alcune aggregazioni convenzionali, transitorie, di carattere economico, che devono avere un rappresentante per gli atti giudiziali, e dichiara qual è. Il successivo articolo 138 si occupa di altre aggregazioni e di altre rappresentanze, che tengono alla costituzione dello Stato.

2. La legge parla delle *società di commercio*, certo con intenzione, e intende segregare dalla sua disposizione le *società civili*. Il favore del commercio, la natura delle società commerciali costituiscono, o permettono, dei vincoli, che le presentano in faccia ai terzi come un solido, un tutto indivisibile. Nelle società civili, i soci non sono solidariamente obbligati (articolo 1726 del Codice civile), le loro contrattazioni si considerano singolari (articolo 1727). Ne segue che a rigor di termini, rispetto ai terzi, havvi *soci*, non *società* non designabili sotto una *ragione sociale*, devono singolarmente citarsi.

3. La legge usa di formole semplici e comprensive. Le società di commercio si citano per rappresentante. La loro costituzione ideale è definita dal diritto commerciale, la loro realtà, dalle convenzioni. La legge di procedura non intende a novità: suppone che ogni società abbia un amministratore, un rappresentante, un capo riconosciuto dai terzi, e si limita a dire che quello deve citarsi. Con ciò esclude la considerazione delle individualità sociali, e agevola mirabilmente i giudizi. Se per l'addietro ci furono dubbiezze sulla natura di tali società (Vedi Carrè, *addit.*, questione 287 bis, e Duvergier, *Traité de la société*, num. 316 e 317, teoricamente non ci sono più; soltanto nelle molteplici combinazioni pratiche, le questioni non sono rare. Il Codice di commercio, dall'art 108 in poi, descrive le forme consuete delle società commerciali, e le sottopone a regole in quanto sono della loro natura, o corrispondono al loro fine. *Ma la rappresentanza di una società commerciale è un quid facti, o un quid juris?* Giova notarlo, e mi si permettano alcuni brevi sviluppi.

Dettando l'ordinamento delle società commerciali, e percorrendo la loro formazione secondo i principii, pone la base della rappresentanza sociale, giusta la varia natura delle società. Per ciò che spetta alla società in nome collettivo, la legge avverte che « se nell'atto di società uno o più soci sono autorizzati a firmare, *le sole firme di questi sotto la ragione sociale obbligano i soci* » (articolo 114). Con ciò i soci avrebbero istituiti i loro gestori, o gerenti e rappresentanti. È un atto della loro volontà, e non una necessità di quella forma sociale. Del resto, non esistendo questa vera delegazione dei poteri sociali, ogni socio amministra, ogni socio obbliga i soci firmando sotto la ragione sociale, *il socio che avesse così obbligato gli altri soci, potrebbe esser chiamato da solo in giudizio*, è ciò di fatti che esprime nella prima parte del 1° capoverso l'art. 137.

La *società in accomandita semplice*, per quanto si obbliga verso i terzi, e quindi nel rispetto della sua rappresentanza, non differisce da quella in nome collettivo, di cui ritiene tutti i caratteri, se non che vi si aggiungono i *soci semplici capitalisti o accomandanti* (art. 118 del Codice di commercio) che non figurano col nome, e sono esclusi dall'amministrazione. La *società in accomandita divisa per azioni*, leva potentissima dell'odierno commercio, non varia che negli accidenti, comechè importantissimi. Sono applicati in tutto il loro rigore gli articoli 118, 119 e 120 (art. 126 del Codice di

commercio). Vi hanno dunque soci amministratori o corrisponsabili, dichiarati nello statuto sociale. Del resto, per quanto è della *rappresentanza*, poter essere nominato un amministratore dalla volontà degli azionisti, amministratore che può anch'essere rivocato *per deliberazione dell'assemblea generale*, si affretta a dire l'art. 127 del detto Codice, e la nomina e presenza dell'amministratore eletto dispensa i terzi, che intendono chiamare la società in giudizio, da ogni altra ricerca sulla qualità responsabile o rappresentativa dei soci.

La *società anonima* (dice l'articolo 129 del detto Codice) « è amministrata da mandatari revocabili, soci o non soci, stipendiati o gratuiti, i quali non contraggono a causa della loro amministrazione ver una obbligazione personale per gli affari sociali » (art. 130).

Un corollario può desumersi da tutto questo, che *la rappresentanza sociale è sempre la manifestazione della volontà dei soci*; che talvolta anche un socio, non gerente nè amministratore, può esser vocato in giudizio per la società, quando per la qualità sua poteva obbligarla, e la obbligò in effetto.

E rispondendo al quesito diciamo, che nella prima ipotesi *est quæstio facti*, mentre tutto dipende dalla nomina che del proprio amministratore o gerente ha fatto la società, sia che emani da dichiarazione espressa, o dal suo stesso esercizio, nell'altra ipotesi, a conoscere se il socio possa stare per la società in giudizio, deve constare della sua qualità e del suo diritto come socio *quæstio juris*. Si avverta che il socio, puramente tale, senza una qualità qualsiasi che lo faccia considerare rappresentante della società, non può operare *attivamente* nel nome e interesse comune; l'articolo nostro lo guarda nell'aspetto passivo, nella condizione di convenuto.

4. I due capoversi di questo articolo sono posti ad escludere, nello scopo preveduto, la citazione del fallito anche prima del contratto d'unione; dopo egli è definitivamente spogliato di ogni amministrazione, e spropriato d'ogni sostanza.

Articolo 138.

La citazione è notificata;

Per i comuni, gli istituti pubblici, e generalmente i corpi morali riconosciuti dalla legge, al sindaco, rettore, capo o superiore, o a chi ne fa le veci;

Per le amministrazioni dello Stato, a chi le rappresenta nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria, davanti cui è portata la causa, osservate le norme stabilite nel regolamento;

Per la lista civile, il patrimonio privato del re, della regina, dei principi della famiglia reale, al capo d'amministrazione o a chi ne faccia le veci nel circondario o nella provincia dove risiede l'autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa.

Annotazioni.

L'amministrazione dello Stato è un ente che non risiede in verun luogo (in nessuno *riposa*), ma si trova in ogni luogo, avendo dappertutto rappresentanti legalmente costituiti (Legge 20 marzo 1865 e tabelle annesse). Non avendo adunque l'amministrazione dello Stato, che si divide in tanti rami, un vero, proprio, esclusivo domicilio, e quindi predilezione per un territorio anzichè per l'altro, le azioni personali potrebbero dirigersi contro lo Stato in qualunque luogo e avanti qualunque tribunale, se non ci fosse la ragione per dire che un nesso fra l'azione e la competenza territoriale deve rinvenirsi nell'oggetto medesimo della istanza, atteso il luogo ove fu contratta o deve eseguirsi la obbligazione.

Questo riguardo la introduzione del giudizio. Infatti l'articolo 138 fa parte del capo I del titolo III, in cui sotto nome generico — *forma delle citazioni* — si contiene tanto la forma intrinseca che estrinseca degli atti di citazione, dai quali si cominciano, e nei quali hanno ferma base i giudizi. Non ha nulla di eccezionale il prescrivere, tanto rapporto all'*amministrazione pubblica* che alla *lista civile*, doversi citare l'una o l'altra per organo delle *rappresentanze* che hanno sede *nel territorio dell'autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa*. È una comodità reciproca; l'attore sa perfettamente con quale persona morale dovrà misurarsi, e il convenuto non ha bisogno, per dir così, d'incomodarsi, essendo sempre presente.

Tutto ciò sarebbe assai semplice se la rappresentanza istituita dall'art. 138 dovesse restar immutabile per quanto dura il giudizio,

qualunque siano gli stadi che dovrà percorrere. Ma si domanda anche di più dall'articolo 138, si domanda di essere dal suo testo autorizzati a sostenere che ad ogni passaggio che si fa da una ad un altra sede giudiziaria, secondochè la causa si trasporta in appello e in cassazione, abbiasi a mutare la rappresentanza dello Stato, prendendola di volta in volta dal luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria, avanti la quale il giudizio prosegue.

A quell'alto e rispettabile consesso che è la corte di cassazione di Torino arrise questa interpretazione in una causa *Speranza-Demanio*, del 10 dicembre 1868 (*Annali della Giurisprudenza italiana*, detto anno, parte I, pag. 390). Trattavasi della validità del ricorso in cassazione, fortunatamente una delle parti essendo stata regolarmente citata, il giudizio si sostenne coll'ordine della integrazione, applicando il disposto dell'articolo 469. La questione è ricomparsa l'altro giorno avanti questa corte suprema di Firenze (1).

Dopo tali manifestazioni, nella occasione di questa nuova ristampa, ho sentito il dovere di occuparmi alquanto di questo articolo, riparando al mio silenzio che ebbe causa dalla troppo semplice interpretazione che io ne aveva data nella mia mente.

Io trovava semplice infatti che, organando le varie rappresentanze dei corpi ed enti morali, la legge enunciasse anche quelle delle amministrazioni dello Stato e della Lista civile, ed era ben giusto che in mezzo alla moltiplicità di tali rappresentanze fosse indicata quella *del luogo ove risiede l'autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa*. Confesso che io non pensai alla mutabilità delle rappresentanze. Ritenni che quella che venne convenuta in principio della lite, dovesse rimanere investita della stessa facoltà sino al termine della stessa lite, purchè allo Stato non fosse piaciuto di nominare a se stesso una diversa rappresentanza. Ma fattasi omai seria la questione, sono obbligato a dire perchè io persisto nella mia idea primitiva, salvo ogni rispetto delle altrui opinioni.

Che l'articolo 138 non abbia intenzione che di determinare la rappresentanza in confronto della quale deve introdursi la lite, è chiaro dalla sua lettera, non assumendo che una rappresentanza unica, e non parlando di veruna mutazione che sia per farsi nel corso del giudizio, è chiaro dal concetto generale del capitolo a cui appartiene, ove indicando come un corpo o ente morale si personifichi per renderlo obbietto di una citazione, la legge non contempla che l'ingresso della lite onde la istanza abbia il suo contraddittore legittimo. È principio generale che contro quelle persone in contesto delle quali è stato regolarmente istituito il giudizio, esso debba proseguire sino al momento in cui quelle persone non cessino d'esistere, e allora soltanto sarà mestieri sospenderlo per riassumerlo contro le persone che succedono secondo la regola degli articoli 332 e seg.

Il giudizio è unico, passa di grado in grado, ma è sempre quello, si svolge nelle varie sue fasi avanti diverse giurisdizioni, ma senza cangiare il suo carattere, di maniera che in appello non possono proporsi domande nuove; e questioni non sollevate lungo la trattazione della causa, non si producono in cassazione. È necessità d'ordine che le persone che si trovarono di fronte nell'atto fondamentale, rimangano in presenza sino al termine della contestazione.

Di questi principii elementari dei giudizi nessuno dubita. Ma una eccezione non costante si sarebbe fatta per una specie di privilegio dell'amministrazione dello Stato, talchè per sua propria comodità avendo in ogni capoluogo congrua rappresentanza, quella in confronto della quale fu legittimamente introdotta la lite, verrebbe ad esautorarsi consumato il primo grado, e una persona diversa dovrebbe succederle, colle stesse qualità della prima, è vero, ma diversa nella realtà, il che non so quanto potrebb'essere utile alla stessa amministrazione dello Stato.

In qualche caso può far comodo d'impugnare una citazione d'appello o un ricorso in cassazione avendo la parte contraria citato, a causa d'esempio, il prefetto di Arezzo o il direttore del Demanio residente in Arezzo, contro il quale sostenne il giudizio di prima istanza, anzichè quello che risiede in Firenze, introducendo il giudizio d'appello. Ma in qualche altra circostanza potrebbe tornare dannoso. Il prefetto d'Arezzo sarebbe rimasto esautorato, lo ripeto, e quindi non avrebbe potuto promuovere l'appello che deve farsi

---

(1) Causa [illegible] colla Regia Intendenza di finanza. La sentenza, che è stata pubblicata nel 18 luglio 1873, relatore l'esimio signor consigliere Adami, decidendo per altro motivo, non si è occupata se non che incidentalmente dell'articolo 138, mostrando però di non esser favorevole alla tesi sostenuta dal Regio Demanio.

per mezzo di una citazione. Quel magistrato sentendosi in possesso della contestazione appello nonostante, la parte contraria oppone la nullità dell'appello. Io credo che avrebbe torto, e l'amministrazione pubblica avrebbe ragione di replicare che quel funzionario aveva qualità legittima.

Non so se questa sia una fantasmagoria, ma io vedo un mutarsi di persona ad ogni fase del giudizio, e non rare volte l'alternarsi delle giurisdizioni succede con una certa rapidità. Si appella da una sentenza interlocutoria, la causa è rimessa alla prima istanza, indi ritorna alla corte d'appello, può farsi luogo tuttavia ad altre operazioni avanti il primo tribunale, nel frattanto si possono fare anche parecchi viaggi in cassazione; la causa può trasmettersi a corti di rinvio, e ad ogni mutamento venire in scena nuovi funzionari o rappresentanti diversi.

E pure sotto questo rapporto ne starebbe forse in vantaggio l'amministrazione, e sopra tutto la giustizia? Sia pure la stessa rappresentanza metafisica, per così dire, ma in realtà le persone sono distinte; qualunque subentri, dovrà informarsi di che cosa tratti, le opinioni possono anche variare, e non mi pare un bel sistema per la unità e uniformità della difesa nell'interesse della stessa amministrazione.

Se la parola del testo, se la ragione di saggia economia che sempre anima le deliberazioni del legislatore non si ritrovano, vediamo quali argomenti si deducano per sostenere una tale interpretazione.

L'argomento sarebbe tolto dall'articolo 525, il quale ordina che *la notificazione del ricorso debba farsi all'altra parte nella forma delle citazioni*. E qui non si può a meno di far punto un momento. È dunque una disposizione particolare al giudizio di cassazione che fa scaturire la indicata interpretazione dell'articolo 138. Se ne troverebbe una simile rapporto all'appello? Si dirà che anche l'appello si fa mediante citazione. Nondimeno vi sarebbe maggior difficoltà per far passar questa massima quanto all'appello, essendo ivi specificato un modo speciale di notificare le citazioni, cioè secondo gli articoli 367, 397 e 437. Eppure ammettendo la parità di ragione, è sempre vero che il significato dell'articolo 138 non si deduce dal suo proprio testo, o come si direbbe, dalla propria essenza, ma dal richiamo che genericamente vi ne fatto della *forma della citazione*, onde istituire validamente il giudizio di appello o di cassazione.

Ma il richiamo della *forma della citazione* porta forse alla conseguenza che *abbia a cangiarsi la persona in contraddittorio della quale è sempre continuato il giudizio?* Alle disposizioni che impongono usarsi in appello o in cassazione la *forma della citazione* non è possibile attribuire altro intendimento che quello, doversi citare la parte e non il procuratore con quelle formalità che per le citazioni si usano. Così adunque non si riesce a dare all'art. 138 un senso diverso da quello che ha in se stesso. Converrà citare la parte (*l'altra parte*, dice l'art. 525) precisamente come si era citata la prima volta introducendo il giudizio, o come essa medesima si era proposto introducendo, quale attrice, il giudizio.

Le parole — *nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa*, s'intendono in relazione alla citazione introduttiva del giudizio, e non già che debbasi cambiar metodo o forma, e fare una citazione diversa e altrimenti foggiata, quasi che giuridicamente non sia sempre uno il giudizio, ed uno il luogo del giudizio: *ubi enim acceptum est semel judicium, ibi finem accipere debet*.

Articolo 139.

Quando la citazione non si possa notificare alla persona del convenuto deve notificarsi nella casa in cui questi ha residenza, e, se la residenza non sia conosciuta, al domicilio.

Se trattisi di società di commercio, o di uno degli enti indicati nell'articolo precedente, la citazione deve notificarsi nella casa in cui risiede l'amministrazione della società o dell'ente convenuto, e, in difetto, nella casa in cui il socio, l'amministratore, o il rappresentante ha residenza.

Se la residenza o il domicilio non siano conosciuti, la citazione deve notificarsi nella dimora.

In tutti questi casi l'usciere consegna la copia della citazione ad uno della famiglia, o addetto alla casa o al servizio del convenuto.

Mancando queste persone l'usciere consegna la copia dell'atto al portinaio della casa o a un vicino di abitazione, purchè siano in grado di scrivere, e fa sottoscrivere l'originale dalla persona che riceve la copia.

L'usciere non può consegnare la copia dell'atto a persona incapace, per età o vizio di mente, di farne testimonianza. La capacità si presume sino a prova contraria.

Se il portinaio o i vicini non vogliano o non possano accettare la copia e sottoscrivere l'originale, l'usciere lasciando avviso in carta libera affisso alla porta dell'abitazione del convenuto deposita la copia nella casa comunale, o la consegna al sindaco o a chi ne fa le veci. L'originale è sottoscritto da chi riceve la copia.

Per chi vive a bordo di nave mercantile, o appartiene all'equipaggio, la notificazione si può fare al capitano o a chi ne fa le veci.

Nei casi indicati in questo articolo l'usciere fa menzione di ogni cosa sull'originale e sulla copia.

Annotazioni.

1. Sul complesso dell'articolo. — La legge, quasi respinta nel suo vivo desiderio di far pervenire la citazione a dirittura nelle mani del citato, viene descrivendo la scala retrograda che è costretta a fare, e sembra cedere a palmo a palmo il terreno. Se non si può alla persona, si cerchi la *residenza* che è la sua abitazione consueta, ove più facilmente avrà comunicazione dell'atto. Viene in seconda linea il *domicilio* ove la sua personalità in mezzo alle cose del suo patrimonio si dimostra, ma meno facilmente la sua *persona* si ritrova. Da ultimo la *dimora*, stanza momentanea, e che può svanire nel tempo stesso che si cerca. Si ha sempre la speranza di trovare in alcuno di codesti luoghi la persona. *A chi si consegna l'atto?* Ecco la seconda e anche più grave sollecitudine del legislatore. È naturale che si preferisca il *famigliare*, che è il più prossimo alla persona invano ricercata; dopo viene il *portinaio della casa*, specie di animale anfibio, possede l'ingresso, ed è macchina opportuna a spargere le notizie. Seguita il vicino, anche più indifferente e meno interessato del portinaio. Il famigliare o servitore è dispensato dal sottoscrivere la carta; ma quelli no, in vista certamente che la relazione si viene sempre più allontanando. I primi hanno obbligo di accettare la carta, perchè (o almeno si crede), per l'interesse che hanno verso l'amico o padrone, lo faranno di buon grado. Gli altri sono liberi di non accettarla (libertà prudentemente lasciata, onde, ricevendo l'atto loro malgrado, non si schermissero poi dal consegnarlo a chi va). Condizion di ogni consegnatario è di avere una *volontà*; se ne fosse privo, sarebbe peggio che affidare il mandato ad una statua. Esaurite tutte queste pratiche inutilmente, *lasciato l'avviso in carta libera affisso alla porta dell'abitazione del convenuto, la copia si consegna alla casa comunale al sindaco o a chi ne fa le veci.* Io leggo così: che la copia *deve consegnarsi al sindaco o chi ne fa le veci*, e non lasciarla a casaccio *nella casa comunale*. La redazione non è perfetta, e quel primo *o*, in luogo di *e* (se pure la mia edizione non è scorretta) può far equivoco.

Noto che fra il progetto del primo guardasigilli e le idee del secondo vi è stata diversità intorno a questo punto, e nella relazione, premessa alla legge, può vedersi la ragione per cui si è data la preferenza alla *consegna del sindaco*, non trascurata però l'affissione. Il sistema di quelle legislazioni, che vogliono geminata la notifica della citazione introduttiva, è certamente il più sicuro.

2. Questioni. — *a) Se l'usciere debba far ricerca della persona, e quale, prima di abbandonare ad altri la citazione, e far menzione delle usate diligenze.* L'usciere si dirige al luogo ove, secondo tutte le probabilità, deve trovarsi la persona del convenuto. Appartiene al suo ufficio l'indagare se quel citando abbia una residenza, o un domicilio, o una dimora, e dove. La legge civile (checchessia delle penali) non gli domanda conto di queste prime investigazioni, talvolta lunghe e difficili. La parte attrice ha tutto l'interesse di fornire le notizie che ha raccolte, essa deve sapere che un primo errore trascinerà la sorte di tutto il giudizio. L'usciere conosce adunque (questo è supposto) a qual casa e a qual punto del suo distretto dee volgere i passi; e non è tanto obbligato a percorrere le strade e i mercati, anche frequentati da quell'uomo, per tentarne l'incontro, è una diligenza ben lodevole, ma

gio 1858, Dalloz, *Rec.*, 1858, tom. I, pag. 130, 3 aprile 1859, Dalloz, *Rec.*, 1859, t. I, p. 117, 30 agosto 1859, Dalloz, *Rec.*, 1859, tom. I, pag. 365). È stato ritenuto che una società commerciale s'intende aver sua sede eziandio dove si raduna l'assemblea generale degli azionisti, il consiglio di sorveglianza, ove le azioni si sottoscrivono, e dove altre operazioni di questa maniera si accentrano (Cassazione francese, 19 giugno 1856, e 4 maggio 1857, Dalloz, *Rec.*, 1857, tom. I, pag. 401). Nè in tale materia, nei grandi interessi che oggidì si accompagnano alle società di commercio, è lecito portare uno scrupolo eccessivo e imbarazzante.

c) *Se il convenuto ha più centri d'affari che all'apparenza sembrano avere la stessa importanza (equivale all'avere più domicili), è valida la citazione recata all'uno o all'altro di tali domicili?* Risponde affermativamente il Dalloz, *Répertoire*, v° *Exploit*, n° 212, Malleville, t. I, pag. 123, Merlin, v° *Déclinatoire*, Locré, *Esprit du Code civil*, t. II, pag. 213. Alcuno osserva che secondo lo spirito dei Codici moderni un solo e vero domicilio sembra esser in vista, e questa è anche l'opinione dei signori Cattaneo e Borda, egregi annotatori del Codice civile all'articolo 16, alla cui nota su quell'articolo, molto ricca ed erudita, volentieri mi riporto. Un elemento preponderante vi ha sempre, o quasi sempre, per determinare la *sede principale*, e consiste nel luogo più assiduamente frequentato dalla persona del proprietario, quello dove tratta i maggiori affari, ove la sua amministrazione è più concentrica ed operosa. Con tutto questo, e checchessia per altri effetti giuridici, serva di regola quella prudente riflessione del Chauveau: « *Mais nous convenons aussi qu'en matière de signification, trop de rigueur, serait déplacée, et que la différence entre le domicile de droit et le domicile de fait, très-importante lorsqu'il s'agit de régler la compétence, n'est beaucoup moins pour la validité de l'exploit, en sorte qu'une assignation donnée au domicile de droit n'est pas nulle.* »

Fin qui si è parlato del domicilio, che con proprietà di termini direasi *reale*, nel quale cioè la *volontà del proprietario si argomenta dallo stato esteriore apparente*. Ma talvolta il domicilio risulta dalla volontà espressa nella dichiarazione che fa la persona (art. 17 del Codice civile), e *quando è conosciuto*, si antepone a quello che si direbbe domicilio generale.

d) *Uno della famiglia, o addetto alla casa o al servizio del convenuto. Chi sia e quali cautele debbano usarsi.* — *Uno della famiglia* sarà il fratello, il figlio, la moglie, la nipote, conviventi col proprietario; *addetto alla famiglia*, chi si è attaccato con una incombenza stabile, un impiego, un ufficio che lo avvicina alla persona del proprietario, che ha consuetudine casalinga con esso lui: il segretario, il pedagogo de' suoi figli, che rendono un servizio, ma più nobile del *servitore* propriamente detto. L'usciere ne fa menzione, ed è principalmente necessario *esprimerne il nome, cognome e la qualità*. Una prudente cautela ingiunge si faccia manifesto con qualche segno il modo di comunicazione che si è avuta, e d'ordinario si usa dire che *si è parlato* con quella persona. Rimane ancora alquanto dubbio, come per lo passato (e in varie sentenze andarono il De Langlade, il Boncenne, il Chauveau, il Thomine, e non poche decisioni da una parte ed altre decisioni dall'altra), se sia regola assoluta l'obbligo di consegnare la citazione ad alcuno degli indicati *proprio nella casa ove coabita col convenuto*, o si possa anche fuori, dato che in casa non fosse persona, ma fuori, a qualche distanza, all'uscire, per es., di chiesa, si trovasse la moglie o la fantesca. Non leggendosi prescrizione contraria, mancando il divieto formale, si seguirà la giurisprudenza meno severa, non apparendo un motivo, neppure per induzione, ad annullar l'atto. L'usciere poi non è tenuto a conoscere ognuno della famiglia, ma è tenuto a dichiarare lealmente il fatto, o se conosca l'individuo e la sua qualità, la sua relazione sarà positiva e come di fatto proprio, o esprimerà che quel tale ha declinato egli stesso il suo nome e la sua qualità. Grave differenza è per risultarne. Nel primo caso, se il convenuto impugnasse il fatto della consegna ad *A. B.* sarebbe costretto ad inscrivere *in falso*, ostando la dichiarazione del pubblico ufficiale; non così nell'altro caso. Ritengo imperfetta la redazione dell'articolo, ove non dichiara che *quell'uno* e *quell'addetto* debba significarsi dall'usciere col suo nome e cognome, almeno per quanto ei annunziò egli stesso, e non dissimulo che qualche opinione sorge a sostener l'atto, ancorchè non espresso nome e cognome (Chauveau in Carré, all'articolo 68). Sull'obbligo di esprimere la *qualità*, tutti sono d'accordo. Ma le autorità favorevoli alla nostra dottrina sono assai, ne rammento alcune (Sirey, t. IX, p. I, p. 149, t. XII, p. I, p. 32, *Journal Av.*, t. XIII, pag. 56, 1 *espèce*, p. 45, 3 *espèce*, pag. 198, ecc.). E la ragione, che vale più dell'autorità, mostra tale formalità essere essenziale, come il solo mezzo di constatare la verità del fatto, il necessario con-

trollo al qualunque arbitrio dell'usciere. Un forte argomento a me pare risulti da quanto la legge dispone in ordine al portinaio ed al vicino, tenuti a sottoscriver l'atto e far fede essi medesimi dell'esser proprio; che se questa formalità della sottoscrizione non è imposta ai famigliari, sarebbe troppo avversativo il concetto che neppure del loro *nome* e *cognome* fosse obbligato a tener nota l'usciere.

e) Qual è la persona incapace per età? Il Dalloz insegnò che il consegnatario deve aver almeno quindici anni perchè si dica capace (*Répertoire*, v° *Exploit*, n° 255).

f) Vicino, chi è? L'articolo 4 dell'Ordinanza del 1667 diceva *al vicino più prossimo*. L'articolo 136 del Codice sardo del 1854 aveva determinata la vicinanza: *consegna la copia ad uno dei vicini abitanti nella casa stessa*; onde nascevano le più strane questioni (Cassazione di Milano, 16 dicembre 1863, *Gazzetta dei Tribunali*, 1863, pag. 361). Nel Codice del 1859 e nell'attuale: *un vicino di abitazione*. Eccoci nell'indeterminato e nell'interpretabile. In quell'epoca in cui il vicinato era fonte di privilegi, avrebbe dovuto costruirsi una teoria, ma vi regnò sempre dell'incertezza, dipendendo dalla natura del diritto che vi si annetteva, e dalla varietà delle applicazioni (Bartolo, Alexander, cons. 22, Pacichelli, *De distant.*, c. VI, n. 6, Bertachin, *Repertoire*, v° *Vicinus*, Fornel, *Traité du voisinage*, *Commentario del Codice sardo*, vol. I, pag. 226). È dunque ragionevole il lasciarne l'apprezzamento al giudice. Un *vicino* non è neppure il *più vicino*. Il meno lontano non è sempre un vicino. In campagna vi sono distanze che dividono affatto. Il miglior criterio mi sembra quello del Favard de Langlade: *vicini coloro le cui abitazioni sono così prossime da potersi vedere probabilmente ogni dì*. Ciò è dedotto dal fine che la legge si prefigge, che è sempre la miglior guida.

g) Che dire se il consegnatario, portinaio o vicino, è in condizione di ostilità col convenuto? Ostilità intendiamo *opposizione d'interessi nella stessa causa*. La legge presume dei rapporti benevoli. Il vicino si reputa un mezzo amico. Il Pacichelli segnalò questa relazione morale scrivendo: *Inter vicinos contracta creditur societas quaedam ut alter alteri prodesse debeat*. Questa presunzione può cessare, ma permane fino alla prova certa della opposizione d'interessi nel medesimo giudizio; la legge non può occuparsi delle gradazioni. Qualche volta si teme che il consegnatario possa parteggiare, e allora si presentano delle incertezze. Un *portiere* è suscettibile di affetto? La sua posizione media gli dà riputazione d'imparzialità, il suo stesso interesse fa credere alla sua fedeltà. Ma il Dalloz ricorda due casi, onde si mostra fin dove possono essere spinte le cose. Esistendo questione fra il proprietario ed i locatarii, a quale delle due parti il *portiere* si ritiene inclinato? Una decisione francese (Parigi, 9 9bre 1840) disse valida la citazione in causa fra proprietario e locatarii, consegnata al *portiere*. Un altro tribunale, non di grande autorità in vero, atteso il grado, ma che io cito per la singolarità (Tribunale della Senna, 21 ottobre 1837), annullò in pari contingenza una citazione, perchè il *portiere* si deve credere parziale pei locatarii, ossia per gli abitatori della casa. È il Dalloz che riferisce queste decisioni. Meschine velleità! L'usciere adempie al debito seguendo, senz'altro, la norma legale. Se la citazione sarà stata realmente trasmessa al convenuto, cosa che la comparsa del convenuto proverà sempre, la questione non sorgerà. Ma potrebbe anche stabilirsi che la citazione fu consegnata al *portiere*, e non trasmessa, e il consegnatario, contro cui sta la sua stessa sottoscrizione, potrà esser tenuto ai danni.

h) Le regole sin qui considerate hanno luogo eziandio quando si tratti di citare un condannato: o deve mandarsi la citazione al luogo dove sconta la pena? Non parlandosi della rappresentanza legale di un curatore, che suole destinarsi al condannato, è certo che il luogo di pena non surroga il domicilio d'origine, che si ritiene sempre conservato (Domat, *Traité du droit public*, lib. I, tit. XVI, sez. III, n° 14).

Articolo 140.

Quando il convenuto abbia eletto domicilio, con indicazione della persona o dell'uffizio, la citazione può essere notificata alla persona o all'uffizio presso cui fu eletto il domicilio, osservate nel resto le disposizioni dell'articolo precedente.

Se la persona presso cui fu fatta l'elezione di domicilio fosse quella a cui istanza si fa la citazione, o se fosse morta la persona, o fosse cessato l'uffizio presso cui ebbe luogo l'elezione, la citazione si eseguisce come se l'elezione non fosse stata fatta.

tivo. L'articolo propone semplicemente la facoltà, *la citazione può esser notificata*... D'altronde la giurisprudenza è risoluta su questo punto, ed universale. Ma la *competenza?* sarà essa decisa dalla stipulazione del domicilio, ancorchè l'attore non voglia usare della facoltà? Io credo che una simile elezione equivarrebbe a quella più formale ed espressa convenzione di eleggere per quell'affare i tribunali di Genova; convenzione che senza veruu dubbio è lecita ed efficace. È anche la dottrina del Pigeau, *Comment.*, t. I, pag. 170, 171, del Carré, quest. 270, del Boitard, del Chauveau, del Thomine, ecc., da più sentenze delle Corti francesi consacrata. Applicabile al caso eziandio di *notificazione fatta alla persona*. Ma senza ciò, nella ipotesi semplice di un domicilio eletto, l'attore è libero di preferire a tutti gli effetti il domicilio reale.

3. Si domanda inoltre *se il domicilio eletto possa revocarsi*. In ogni caso la revoca non potrebbe mai aver luogo a giudizio cominciato. Ciò premesso, la domanda si scioglie con alcune distinzioni. O la elezione non ebbe causa in veruna obbligazione, e fu puramente volontaria, o la elezione fu determinata evidentemente e solamente nel proprio interesse. In amendue questi casi può revocarsi; e al contrario se, come ordinariamente ebbe causa da una obbligazione, e fu quindi essa medesima obbligatoria (Bacquet, *Tract. des droits de justice*, cap. VIII, n° 16), principio seguito generalmente dagli autori.

4. Non havvi elezione di domicilio efficace, se non adempite le condizioni volute dall'articolo 140, e con esso è tutelato l'interesse della giustizia. La legge vuole un surrogato equivalente a quelle forti e rigorose cautele che venne accumulando nel 139. Ma che significa quella clausola, *osservate nel resto le disposizioni dell'articolo precedente?* Non può intendersi se non in quanto è compatibile con questa forma di notificazione, che cioè, *non trovandosi la persona del domiciliatario*, si adoperi nei modi ordinati nell'articolo 139, si faccia la consegna a individui della famiglia, ecc., ma esistendo *un ufficio* ove fu eletto il domicilio, la consegna sarà applicata a persona addetta a quell'ufficio, e possibilmente al capo di esso.

Articolo 141.

Chi non ha domicilio, residenza, o dimora conosciuta, è citato mediante:

Affissione della copia alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria, davanti la quale si propone la domanda;

Inserzione di un sunto della citazione nel giornale degli annunzi giudiziari;

E consegna di una copia della citazione stessa al ministero pubblico presso il tribunale civile nella cui giurisdizione siede la detta autorità.

Articolo 142.

Chi non ha residenza, domicilio, o dimora nel regno, è citato nel modo stabilito dall'articolo precedente. Il ministero pubblico trasmette la copia dell'atto di citazione al ministro degli affari esteri.

Quando abbia nello Stato un procuratore generale può essere citato nella persona di questo.

Annotazioni.

1. Non avere domicilio, residenza o dimora *conosciuta*, e *realmente non averne nel regno*, sono cose diverse. Quest ultimo è lo straniero, riconosciuto tale. E tanto lo è che il *ministro degli affari esteri* non per nulla riceve dal pubblico ministero copia della citazione; egli la trasmette per via diplomatica, e deve sapere al ministro di quale Stato indirizzarla. Le cautele prese per quest'ultimo, cioè per lo straniero, sono maggiori per necessità piuttosto che per arbitrio della legge essendo naturale che un uomo, statista d'origine, e poi esulato in parti incognite, non possa ricercarsi direttamente, e sia d'uopo limitarsi a dare all'atto la *maggiore pubblicità possibile*.

2. Con disposizione saggia e nuova si abilita a citare *un procuratore generale* che fosse nello Stato. In tal caso dovranno anche praticarsi tutte le altre formalità dell'articolo 142? Non parmi in relazione colla facoltà di citare il procuratore generale che rappresenta in tutto la persona dello straniero.

3. Una parola sulla *competenza*. (È chiaro che non parliamo che di *competenza speciale*,

essendo la giurisdizione dello Stato presupposta). È stabilito che la persona del procuratore è quella che deve citarsi, non vi ha alcuna delle norme generali statuite alla validità della notificazione che non sia applicabile. È possibile dubitare, se, trattandosi di *obbligazioni contratte all'estero* (V. articolo 106), l'*azione personale o reale su beni mobili* sia da proporsi avanti l'autorità giudiziaria del luogo *in cui l'attore ha residenza o domicilio*, giusta l'art 107, o piuttosto dove risiede o domicilia il *procuratore* da citarsi Perchè la *residenza del procuratore*, del suo rappresentante, non avrà in vantaggio di lui, straniero, quella efficacia che avrebbe la residenza sua propria? Perchè non gliene sarà tenuto conto ogni volta che si reputa vivere nello Stato, e come ivi esistente nella persona del procuratore può essere convenuto? Perchè si preferirebbe la competenza eccezionale, anormale ed eccentrica, dedotta dal *domicilio dell'attore?* Per verità non l'intendo, onde pongo le seguenti conclusioni: *a)* che lo straniero si ritiene avere la stessa residenza o domicilio nello Stato che ha il suo procuratore generale, *b)* che quindi sarà giudice, rispetto alle azioni personali o reali mobiliari che lo riguardano, *quello che siede nel luogo ove lo stesso procuratore generale ha residenza o domicilio, non dove l'attore.*

Articolo 143.

I militari in attività di servizio nell'armata di terra o di mare, e le persone assimigliate per legge ai medesimi, se non siano citati in persona propria, devono citarsi nel luogo della residenza o del domicilio a norma degli articoli 139 e 140; in questo caso una copia della citazione è consegnata al ministero pubblico presso il tribunale civile, nella cui giurisdizione siede l'autorità giudiziaria, davanti la quale è promossa la causa.

Il ministero pubblico trasmette la copia rispettivamente al comandante militare del circondario, o al comandante del dipartimento marittimo, in cui ha sede la detta autorità giudiziaria.

Annotazioni.

Mi valgano a schiarimento dell'articolo le parole della Relazione Pisanelli: « Un modo « analogo (alla disposizione dell'articolo precedente) di citazione è stabilito pei militari « in attività di servizio, quando non venga « loro fatta personalmente. Contro la pre- « sunzione generalmente stabilita dalla legge, « che la persona si trovi presente nel luogo « della sua residenza ordinaria o del suo do- « micilio, sta un fatto certo e costante, nel « caso in cui essa abbia dovuto allontanarsene « per causa di servizio militare. Quindi la ne- « cessità di richiedere che la citazione sia « fatta al convenuto nel luogo in cui si trova « per ragione di servizio militare, affinchè « raggiunga il suo scopo principale; ma ciò « sarebbe in molti casi soverchiamente diffi- « cile. Onde il progetto ammette che la cita- « zione possa eseguirsi alla residenza ordi- « naria o al domicilio che il convenuto tiene « indipendentemente dal servizio militare; se « non che per maggior garanzia che la cita- « zione pervenga a di lui notizia, il progetto « non si contenta più dei suddetti mandatari, « ma vuole inoltre che una copia dell'atto sia « consegnata al pubblico ministero, e da questo « trasmessa al ministero della guerra. A se- « guito dei cambiamenti di guarnigione, delle « partenze in corpi distaccati per servizi « straordinari, avviene spesso che gli accen- « nati mandatari ignorino il luogo preciso in « cui possa trovarsi il militare convenuto in « giudizio la qual cosa non può essere igno- « rata dal ministro della guerra e dai comandi « che ne dipendono. Vuolsi poi avvertire che « i famigliari, le persone di servizio, il porti- « naio, i vicini di abitazione, quegli presso cui « fu eletto il domicilio speciale, il pubblico « ministero, il ministro della guerra e quello « degli affari esteri, tengono, in forza del « mandato necessariamente o volontariamente « accettato, la obbligazione di procurare, nei « limiti del possibile, che l'atto di citazione « pervenga a notizia del convenuto; in qua- « lunque modo però essi adempiano, o se anche « non adempissero ad una tale obbligazione, « è palese che la citazione produrrà tuttavia « il suo effetto dal momento che fu eseguita « nelle forme anzidette ».

Una variazione per altro si vede avvenuta. Il progetto faceva capo al *ministero della guerra, al quale il pubblico ministero doveva*

trasmettere la citazione, ora la legge mette in comunicazione diretta il pubblico ministero *col comandante militare del circondario, o col comandante del dipartimento marittimo in cui ha sede l'autorità giudiziaria* della residenza o domicilio del militare, e si sarà creduto di meglio conseguire l'intento.

Precedenti storici. Nell'antico sistema francese il domicilio del soldato era in mezzo al proprio reggimento o in guarnigione o in campo (Rodier, all'articolo 3, tit. II, *Dell'ordinanza*, quest. 7, num. 6 sistema che espone a perpetuo moto, a variazioni continue l'indirizzo della competenza; faticoso e spesso inseguibile, è nello stesso tempo irrazionale e spregiatore dei diritti della giustizia, considera il cittadino militante come diviso dalla famiglia nazionale, dalle sue facoltà e dai suoi doveri di cittadino, lo relega in una specie di mondo estralegale, subordina, si direbbe, la legge alla spada. Il Codice di procedura civile francese serba un silenzio, che gli scrittori di buon senso e la sapienza dei tribunali interpretarono come la esclusione di ogni privilegio e l'accettazione della legge comune (Duparc-Poullain, *Princip. de droit*, tom. II, pag. 6, Boncenne, tom. II, pag. 205).

Articolo 144.

Nei casi indicati nei tre articoli precedenti la citazione produce il suo effetto, quando l'attore abbia adempiute le formalità a lui imposte.

Nei casi medesimi l'autorità giudiziaria, presso cui è il ministero pubblico, non può, se non dopo d'averlo sentito, pronunciare in contumacia del convenuto.

Annotazioni.

È stata con ciò mantenuta la disposizione del Codice del 1859, articolo 64. È palese la ragione per cui la comparizione del citato ci fa meno scrupolosi indagatori delle adempite formalità. Ma la contumacia dà, a così dire, l'allarme; noi diffidiamo, malgrado la loro abbondanza, delle stesse nostre cautele; temiamo che la citazione non sia pervenuta al suo destino, e chiamiamo come in aiuto la proverbiale esattezza e diligenza del pubblico ministero. Sul resto V. l'annotazione 6 all'articolo seguente.

Articolo 145.

La citazione è nulla:

1° Se manchi una delle sottoscrizioni richieste dagli articoli 133, 134, 135 e 139;

2° Se per la inosservanza delle altre norme stabilite dagli art. 133 e 134 vi sia incertezza assoluta sulle persone, o sull'oggetto della domanda, o sul termine a comparire, o sull'autorità giudiziaria davanti cui è promossa la causa;

3° Se siansi violate le norme stabilite dagli articoli 135, 136, 137, 138, 139 e 140 riguardo alla persona che deve essere citata, o a quella cui deve essere consegnata la copia;

4° Se siansi violate le norme stabilite dagli articoli 140, 141, 142 e 143, per l'affissione dell'avviso o della copia, oppure per il deposito o per la consegna della copia.

Quando la nullità riguardi soltanto la notificazione dell'atto, la citazione è nondimeno efficace ad impedire ogni decadenza di diritto o di termini, purchè sia rinnovata nel nuovo termine da stabilirsi nella sentenza che ne pronunzia la nullità.

Annotazioni.

1. Due ordini di fatti sono considerati e bene distinti in questo gravissimo e importantissimo articolo; in quanto o riguardano l'atto di citazione nella sua forma *espositiva* o nella sua forma *esecutiva* (la notificazione). La citazione ha il moltiplice scopo di rendere mani

feste al convenuto le pretensioni dell'attore; di eccitare la giurisdizione, descrivere e limitare il campo della sua attività.

L'*autenticità* dell'atto, ecco ciò che la legge vuole assicurare anzitutto. Senza ciò è vano il compimento di tutte le altre formalità. L'autenticità è l'*intervento del pubblico ufficiale* destinato a questa funzione. Per esso l'atto riceve il carattere della legalità, si esclude l'arbitrio della privata autorità, s'impone la obbedienza, s'imprime il suggello della verità alle operazioni che importa di eseguire. Il concetto è elevato più di quello che si crede, e la legge non può esser tacciata di rigore.

2. Il num. 2 ci trasporta sul terreno delle *nullità accidentali*. Ora si tratta della *cognizione*: il tema però non è soltanto subbiettivo, ma tiene ancora dell'obbiettivo. *Vi siete spiegato abbastanza chiaramente per essere inteso?* È possibile che il convenuto siasi ingannato per le espressioni che avete usate? *Ecco il primo intendimento.* Ma ve n'è un altro, quello di porgere alla contestazione giudiziale delle basi positive, quello di determinare sì alle parti che al giudice la materia e il campo della disputa, quello di assicurare alla cosa giudicata una efficacia incontestabile. Quindi è che, *parlandosi di persone*, s'intende *tanto quella del reo che dell'attore*. Si deve primieramente sapere *chi sia il soggetto* del diritto preteso: ciò quanto all'attore, ch'egli conosca abbastanza se stesso, non rileva: deve anche farsi conoscere. Se il convenuto comparisce, quantunque chiamato con falso nome, perchè ha potuto indovinare di essere scopo a quella istanza, o perchè l'usciere, pure indovinando, l'ha portata a casa sua, potrà nonostante eccepire l'*assoluta incertezza* risultante da una indicazione che punto non conviene alla sua individualità. Fingiamo ch'egli sia volgarmente conosciuto per un soprannome, o nomignolo, come dicesi in Toscana, e per quello sia stato citato, omesso il suo vero cognome, col quale d'altra parte è scritto negli atti civili, in tutti gli atti pubblici in cui intervenne, nella lista degli elettori, nelle tavole del censo, ecc. Una sentenza nata sotto nome supposto, oltrechè sarebbe uno scherno, oltrechè troverebbe da per tutto ostacoli alla sua esecuzione, non avrebbe mai quella influenza che le è dovuta nelle relazioni civili della persona giudicata in quanto ad esse si estende. *Non si tratterebbe adunque in questo caso straordinario di un difetto cadente sopra un elemento pura-* [illegible] *di una nullità puramente accidentale.*

3. Che deve dirsi propriamente in questo caso? Deve dirsi che il *nome manca del tutto*, ond'entra la ricerca se la espressione della legge, *incertezza assoluta*, sia riferibile *alla incompiutezza e alla erroneità* del nome oggetto, o termine significato, o si accomodi estendo ove manchi ogni significazione, e nella *omissione totale*. «Una menzione prescritta dalla legge è omessa, se non esiste nell'atto; è erronea se esiste in un modo diverso dalla realtà delle cose o dal precetto del legislatore» (Mancini, *Commentario al Codice sardo*, vol. II, pag. 118).

Ciononondimeno la rettificazione potrebbe aver luogo nel giudizio medesimo, anzi deve il giudice fare in modo che ciò avvenga. Gli atti del giudizio assumono il nome vero, e al pericolo temuto si è riparato.

Assoluta incertezza significa stato di fortissimo dubbio dell'animo, molto vicino allo stato d'ignoranza invincibile. La giurisprudenza, nel lodevole interesse di ovviare alle nullità, e colpita dalla energica formula usata dal legislatore, si è mostrata, d'ordinario, mite e benigna verso simili errori, studiando la realtà dei fatti, in qualunque modo apparissero, anzichè far troppo conto della impressione che il convenuto avrebbe potuto riceverne. Perciò, quando, per esempio, l'errore di nome è riparato da altre indicazioni che presentano gli atti, mentre la identità della persona non è controversa, si decise molte volte per la reiezione della nullità (Corte d'appello di Torino, 8 maggio 1855, 20 novembre 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, 1856, p. 10, 13 decembre 1856, *Gazzetta*, 1857, p. 356, corte di Casale, 4 decembre 1857, Cassazione, 27 febbraio 1857, Maurel e Durante, ecc.). Esempi di rigore s'incontrano dappoi e sembra, per quanto anche ci attesta la grave autorità del Mancini, che la giurisprudenza siasi fatta più severa col tempo.

Fermiamoci un momento sulla *omissione totale*. La dizione *inosservanza delle forme* per certo la comprende. Vi è inosservanza quando si fa in un modo difforme o contrario alla legge, e anche quando non si fa nulla di quello che la legge prescrive. In questa ultima ipotesi però non si tratta d'*incertezza* di qualsivoglia grado: vi è l'evidenza della violazione, la certezza del fatto contrario alla legge. La nullità adunque, come *de minori ad majus*, è di conseguenza. Quindi lo scambio totale del nome, in quanto serve a distinguere la persona nella comunanza sociale: quello di famiglia, il *cognome*, secondo l'esempio dato di sopra, anche non controversa l'identità personale, è violazione evidente.

4. Perciò la citazione è nulla ove sia stata omessa una delle quattro enunciazioni cardinali della citazione, *le persone*, *l'oggetto della domanda*, *il termine a comparire*, *l'autorità giudiziaria*. Thomine, all'articolo 61, procedura civile, num. 87). Ma qui cominciano a spuntare delle questioni che verremo segnalando.

5. **Questioni.** — *a*) *La omissione totale della residenza, domicilio o dimora del convenuto arreca forse la nullità dell'atto di citazione?* La legge che odia con ragione le *incertezze*, ora ci fa provare quella mala compagnia. Dal presente numero dell'articolo 145 noi abbiamo dedotto un argomento che non falla, se la *incertezza assoluta*, in ordine ai quattro già indicati e sostanziali requisiti della citazione, rende inevitabile la nullità, molto più la omissione totale, che letteralmente conculca il precetto. Ma dei vari enunciati della citazione avendo la legge prescelti e messi in vista quelli che noi appelliamo i cardini della parte espositiva dell'atto di citazione, sembra potersi con eguale sicurezza argomentare che le altre enunciative non sono di tutto rigore. Esaminando la questione sopra formolata, i proceduristi francesi si sono divisi. Il Carré ha detto che bisogna sostenere la citazione finchè non si provi che la omissione della indicazione del domicilio reale avesse recato al convenuto un *vero pregiudizio* (addit. alla questione 290, articolo 61, proc. civ.). Alcune decisioni avvaloravano questa dottrina. Il maggior numero però degli scrittori, senza rigettare gli equipollenti bene accertati, e così pure il maggior numero dei tribunali (Pigeau, *Commentaire*, tom. I, pag. 175; Chauveau su Carré, detta quest.; Favard de Langlade, tom. I, pag. 130, ecc.; cassazione francese, 9 marzo 1825, *Journal Av.*, tom. XXX, pag. 268; cassazione belga, 1° aprile 1833, *Journal Av.*, tom. XXXX, pag. 194, ecc.) sentono per la nullità, mossi da questo, che la menzione del domicilio dà norma ad atti bene importanti della procedura, fra i quali agli atti esecutivi.

In questa grave controversia si presenta tosto alla mente un riflesso, ed è che l'indicazione della *residenza, domicilio o dimora del convenuto* dovrà pur sempre apparire (altrimenti la nullità è sfolgorante) dal processo verbale o relazione della notifica che l'usciere avrà eseguita, onde si troverà un compenso alla incorsa omissione.

Del resto le nullità non si creano: questa non è pronunziata dalla legge. *Ma non sarebbe una di quelle nullità che tengono all'essenza dell'atto?* Niuno, io credo, varrà a dimostrarlo. E due argomenti derivanti dalla lettera della legge stanno ad escluderlo. L'uno è tolto da questo medesimo numero dell'articolo 145, che non se ne occupa, che non accenna punto a simile difetto. L'altro argomento parte dall'articolo 133. La forma compendiosa della *citazione per biglietto* non vuole che si trascuri alcuna delle enunciative essenziali all'atto, lo ha detto lo stesso ministro guardasigilli nella sua relazione. Eppure di residenza, domicilio, ecc., non si fa parola. *Concludo non essere una di quelle omissioni che porti nullità.*

b) *Si verrà nella stessa conclusione ove l'attore non abbia indicato il proprio domicilio, o non lo abbia eletto secondo le prescrizioni dell'articolo 134, num. 3?* Valgono gli stessi argomenti, e non potrebbe prendersi una conclusione diversa. Ma la citazione sarà tuttavia talmente imperfetta che il convenuto avrà diritto di opporsi e di concludere per l'assoluzione dall'osservanza del giudizio, semprechè l'attore in un termine che gli sarà assegnato, non faccia le dichiarazioni di ragione.

c) *Che si intende propriamente per oggetto della domanda? La trascuranza della enunciazione delle ragioni di fatto e di diritto produce nullità?* L'oggetto della domanda giudiziale è *morale* o *materiale*. La legge, a mio vedere, esprime questi due termini obbiettivi al num. 2 e 3 dell'articolo 134. Quest'ultimo numero certo non è riferibile che alla cosa materiale, al mobile, all'immobile, al *sacculum* del deposito che deve restituirsi, e ne fa convinti quella locuzione, *l'indicazione della cosa, con le particolarità che servono a determinarla*. Diremo che il numero 3 è relativo all'*azione reale*, diremo che la prima di queste disposizioni è caratteristica della citazione formale, e ci dev'esser sempre, che la seconda non si rende necessaria, se non appunto nei giudizi di azione reale, che *rem appetunt*, che amendue vengono sotto il nome generico di *oggetto della domanda*. Scopo della legge è che si conosca in un modo sufficiente *cosa si vuole e perchè si vuole*. L'*oggetto della domanda* è un concetto complesso, e di elementi sostanziali si compone. Se Tizio espone di volere da me mille lire che gli debbo, il valent'uomo parla chiaro, ma non facendo il menomo cenno dei titoli e delle ragioni, manifesta una pretesa, non un *oggetto giuridico*, che io debbo potere in qualche modo analizzare per comprenderlo nella sua vera forza. La *causa petendi* e la *res petita* si combinano e formano l'oggetto. Niuna di codeste parti può essere

impunemente omessa, e la questione di nullità fu ragione del loro lamento.

6. *Dei numeri 3 e 4 dell'articolo 145.* Per tutto che concerne 1° *le persone da citarsi*, 2° *la notificazione dell'atto*, la legge non ammette transazioni, è inesorabile. La ragione è palese, nè occorre discutere. In mezzo a tutto questo si ha per altro qualche disposizione che non vuole sfuggire inavvertita.

Dicesi nel numero 4 che la citazione è nulla *se furono violate le norme stabilite dagli articoli* 142, 143. Rammento che alcune funzioni della notifica sono imposte all'attore, altre sono affidate al ministero pubblico. Nell'articolo 142 è la *trasmissione della copia dell'atto di citazione al ministro degli affari esteri*, la copia, secondo l'articolo 143, *si trasmette dallo stesso ministero pubblico al comandante militare del circondario, ecc.* Se questa è pur grave e rilevante formalità è trascurata, se il pubblico ministero non trasmette la copia della citazione, *l'atto sarà nullo?* Ma per venire a siffatta conclusione, bisogna ammettere che la parte è responsabile della negligenza del magistrato, mentre dal canto suo ha adempito l'obbligo che le incombeva. Si osserva in contrario doversi principalmente vedere se l'atto sia perfetto e compiuto in se stesso, se risponda e serva al fine che la legge si è proposto: che importa se la colpa è piuttosto di un pubblico ufficiale che della parte? Non è forse comune e giornaliero che le conseguenze del suo errore, ricadono sulla stessa parte? Se l'usciere, se il giudice sbaglia, le citazioni e le sentenze sono nulle. Il Carré consultato sulla questione, si pronunciò favorevole, nel sucspresso caso, alla validità dell'atto. Senza mettere in dubbio la massima generale, se ne libera con una distinzione. Gli piacque di osservare il pubblico ufficiale sotto la veste di *mandatario* dell'una o dell'altra parte, e disse che l'atto doveva giudicarsi valido o nullo, in quanto la inosservanza fosse da attribuirsi al mandatario del convenuto, o a quello dell'attore. L'*usciere*, secondo lui, è mandatario dell'attore, quindi degli errori suoi è responsabile lo stesso attore, e la citazione è nulla. Per contro il ministero *pubblico è mandatario del convenuto*, e ne conseguita che, malgrado la trascuranza di formalità sostanziali (come quella di trasmettere la copia dell'atto in luogo di più facile, di più pronta e sicura comunicazione), la citazione si sostiene ed è valida. (La consultazione del Carré è riferita, senza commento, e quindi con piena approvazione, dal Chauveau nella quest. 374, quinq., e fu pure sentenza del Boitard).

Resta ora che quei giureconsulti ci spieghino se il magistrato giudicante sia mandatario dell'attore o del convenuto, o di amendue le parti, dappoichè le nullità che provengono dal fatto suo, sopra esse ricadono inesorabilmente.

Noi non abbiamo bisogno di codeste finzioni di un chimerico mandato. Ci basta la positiva volontà della legge, che nell'articolo 144 ha stanziato che *la citazione produce il suo effetto quando l'attore abbia adempiute le formalità a lui imposte.* E così, io ritengo, ha voluto il legislatore, perchè non ha stimato sostanziali le formalità affidate al ministero pubblico, per non imbarazzare il giudizio con ricerche estranee, e perchè non ha creduto indispensabile di garantire la esecuzione sotto la sanzione della nullità, moralmente convinto che il pubblico ministero non mancherà al debito suo.

7. *Ma conviene conciliare la disposizione del numero 3 dell'articolo 145 coll'articolo 144.* È facile. Osservate che si è nullità se siansi violate le norme stabilite per l'*affissione dell'avviso o della copia oppure per il deposito o per la consegna della copia*, ecco fissato il limite. Laonde sono materia di nullità le tre forme dell'articolo 141. Alla consegna che della copia si fa al pubblico ministero (articoli 142, 143) finisce l'obbligo dell'attore.

8. L'ultimo capoverso dell'articolo 145 è un temperamento di cui bisogna tener buon conto al nuovo Codice. Con esso si vuole esprimere, e si esprime infatti, quel concetto: essere la notificazione opera propriamente dell'usciere, e non imputabile all'attore: *per cui il dannoso effetto che ne consegue è ritenuto nei limiti del necessario.* È necessità annullar l'atto, o, meglio, l'atto non esiste. La domanda giudiziale può avere l'importantissimo effetto d'interrompere la prescrizione (articoli 2125, 2128 del Codice civile). Ora, se la nullità fosse per causa di errore nella notificazione, e non accade per intrinseco e sostanziale difetto, imputabile, come si è detto, all'attore, la citazione non sarebbe meno interruttiva della prescrizione, quando fosse rinnovata nel termine che la sentenza verrà assegnando, ove ne sia il caso.

9. *Quali sono le conseguenze, se l'originale e la copia della citazione non sono conformi?* La legge parla di *copia dell'atto di citazione da consegnarsi al convenuto*, e altro non aggiunge: ma non è copia quella che non è conforme all'originale, qui, dove trattasi di materiali scritture, qui copia conforme significa un *esemplare intero* dell'atto di citazione. Una giurisprudenza che conta, si può dire, a volumi i suoi pronunciati su quest'articolo di

diritto (salvochè non sia errore indifferente e di copista e non di cosa sostanziale), dispensa da ogni ragionamento.

Ma qualche illustre procedurista (nomino tra questi il Carré) non tenne lo stesso avviso, qualora essendo piena e perfetta la copia, *l'errore invece si trovasse nell'originale* essendo la copia il solo e vero titolo di cui può valersi, e dal quale deduce le cognizioni che gli sono necessarie, il convenuto. Il Boitard, il Boncenne ed il Chauveau furono giustamente nella opposta sentenza, osservando che l'originale vizioso non è originale, non è nulla, è cosa informe; che la copia è un referente a cui mancherebbe il relato, che la massima *la copia rappresentare l'originale* è totalmente nell'interesse del convenuto, ecc.

Mi permetto un avvertimento che mi suggerisce l'esperienza. Vidi accorti causidici approfittare del difetto, e rovesciare ponderosi giudizi. La copia non si contenti del nome di quello dei convenuti a cui sarà notificata, ma porti il nome di tutti i convenuti. *Non sarebbe copia conforme all'originale; non sarebbe intera.* Il convenuto deve poter leggere anche i suoi compagni di difesa, molto più i suoi oppositori (in un giudicio, per es., di graduatoria, - allora soltanto egli può farsi un'idea precisa della situazione.

Articolo 146.

Quando la citazione nei modi ordinari sia sommamente difficile per il numero delle persone da citarsi, il tribunale o la corte può, sentito il ministero pubblico, autorizzare la citazione per proclami pubblici, mediante inserzione nel giornale degli annunzi giudiziari e nel giornale ufiziale del regno, con le cautele consigliate dalle circostanze, e designa, se sia possibile, alcuni fra i convenuti ai quali debba notificarsi la citazione nei modi ordinari.

Se la causa si debba promuovere davanti un tribunale di commercio, o davanti un pretore, l'autorizzazione non può accordarsi che dalla corte d'appello da cui dipende il tribunale di commercio, o dal tribunale civile da cui dipende il pretore.

Annotazioni.

1. Così è stata conservata la disposizione dell'articolo 66 del Codice del 1859, ma ampliata nel suo ordinamento, e ne ha guadagnato di chiarezza e altresì d'importanza. L'aggiunta è il capoverso dell'articolo.

L'economia limita la legalità. C'è quanto basta dal lato della sicurezza. Tanto è il numero degl'interessati, che è impossibil cosa che i pubblici annunzi sfuggano ad ognuno. Niuna migliore e più saggia cautela che quella di scegliere alcuni fra i citandi, che sono sempre quelli che hanno principale interesse, per una comunicazione personale. Ma questo modo di notificare la citazione non può esser rilasciato all'arbitrio dell'attore: *dev'essere autorizzato*, emana formalmente, si noti la parola, *ab auctoritate judicis*. L'articolo 66 Codice sardo diceva: *il tribunale o la Corte potrà, sentito il pubblico ministero, autorizzare, ecc.* Anche in tribunale di commercio? Ciò rimaneva dubbio. Non parlandosi del giudice singolare (allora del mandamento), poteva credersi che in quei giudizi la *citazione per proclami* non fosse concessa. Il testo della disposizione escludeva che il giudice potesse impartire l'autorizzazione, ma chi doveva impartirla per lui? Ora tutto questo è chiaro. Il rito ha ricevuto una certa elevazione, una certa notevole importanza, quando è stato espresso che *nelle cause del tribunale di commercio* l'autorità appartiene *alla Corte d'appello*, e nelle pretoriali, a quel tribunale da cui dipende il pretore.

Non ha stimato il legislatore che una tale combinazione, anche rara e difficile per sè, potesse verificarsi nelle infime cause del conciliatore. Il caso è escluso, e non può introdursi per analogia.

2. *Tal modo di notificazione non si estende ad altri atti oltre la citazione introduttiva del giudizio? non alla notificazione delle sentenze?* Io credo assolutamente no. Vero è che l'articolo 368 (Vedi l'articolo) si esprime in maniera da far supporre che il rito non sia diverso: ma, posto come positivo che codesto straordinario modo di notificazione non è espressamente divisato che per le sole citazioni; posto che l'articolo 368 deve coordinarsi alle disposizioni che immediatamente lo precedono, mancherà alla supposta estensione

qualsivoglia legale appoggio, o che la legge non si trovi più così incalzata dal bisogno di agevolare il giudizio, o che la sentenza presenti alle singole individualità un maggiore e più serio interesse, e si reputi quindi necessaria la notificazione dell'atto autentico alle singole parti.

CAPO II.

DEL TERMINE PER COMPARIRE.

Articolo 147.

Il termine per comparire davanti i conciliatori e i pretori non può essere minore

1° Di giorni due, se il luogo in cui si eseguisce la citazione e quello in cui si deve comparire, siano nel territorio dello stesso comune;

2° Di giorni tre, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in comuni diversi dello stesso mandamento;

3° Di giorni quattro, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in mandamenti limitrofi;

4° Di giorni sei, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in mandamenti non limitrofi, ma compresi nella giurisdizione dello stesso tribunale civile;

5° Di giorni dieci, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in giurisdizioni limitrofe di tribunali, o nella giurisdizione della stessa corte d'appello.

In tutti gli altri casi il termine per comparire davanti i conciliatori e i pretori è regolato dai numeri 4° e 5° dell'articolo seguente.

Articolo 148.

Il termine per comparire davanti i tribunali civili o di commercio, e davanti le corti di appello deve essere almeno:

1° Di giorni dieci, se il luogo in cui si fa la citazione e quello in cui si deve comparire, siano nel territorio dello stesso comune o dello stesso mandamento;

2° Di giorni dodici, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in comuni e mandamenti diversi, ma nella giurisdizione dello stesso tribunale;

3° Di giorni quindici, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in giurisdizioni limitrofe di tribunali, o nella giurisidizone della stessa corte d'appello;

4° Di giorni venti, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in giurisdizioni di tribunali non limotrofe, ma compresi in giurisdizioni limitrofe di corti d'appello;

5° Di giorni venticinque in tutti gli altri casi, salvo i maggiore termini stabiliti dall'articolo 150.

Quando si tratti di controversie che riguardino lettere di cambio o biglietti all'ordine, o equipaggi, viveri, attrezzi o riparazioni di navi pronte a far vela, o di altre controversie marittime, la citazione può farsi in via sommaria, e in questo caso il termine per comparire è quello stabilito nell'articolo precedente.

Articolo 149.

Le giurisdizioni territoriali separate dal mare non sono riputate limitrofe.

Articolo 150.

Il termine per comparire davanti le autorità giudiziarie del regno da uno Stato limitrofo è di giorni quaranta.

Se lo Stato non è limitrofo, ma in Europa, il termine è di giorni novanta.

Se lo Stato non è in Europa, il termine è di giorni cento ottanta.

Annotazioni.

1. *Base razionale del termine.* La legge giudiziaria divide e distribuisce ai litiganti il tempo e lo spazio, onde ciascuno possa liberamente usarne, quando a raccogliere e ordinare i mezzi della difesa, come avviene nel processo contenzioso, quando per compulsare le proprie risorse e riscattarsi dalla insistente pressione del creditore, come si fa nel processo esecutivo. La distanza *fra il luogo in cui si riceve la citazione, e quello in cui si deve comparire*, si direbbe la materia, di cui il termine stesso è la forma. Una comodità sufficiente, ecco ciò che ci vuole alla libertà della difesa; del resto il rapporto materiale della distanza, con quello del tempo che è dato a percorrerla senza troppo affanno, o con un poco d'agio almeno per guardarsi attorno e prepararsi alla risposta, è determinato dalla legge positiva. I principii elementari del termine sono i seguenti: a) la distanza, b) la qualità della causa considerata nella sua propria natura e nelle sue circostanze, c) la qualità della cosa dedotta dal grado e dalla dignità del magistrato giudicante. Il primo e il terzo dei divisati elementi sono *formali*, ossia regolati dalla legge generale, il secondo è *accidentale e variabile*.

I giudizi avanti il conciliatore e il pretore si ritengono di minore importanza che quelli avanti i tribunali civili, i tribunali di commercio, e le corti d'appello. *Si reputa che maggiore spazio per preparazione di più grave difesa occorra nei secondi che nei primi.* Di qui il doppio ordine di termini, il primo segnalato nell'articolo 147, il secondo nell'articolo 148. Siffatta diversità di termini riferita costantemente alla diversa qualità e grado dei tribunali, non ha altra base razionale che questa. Onde si raccoglie che quella medesima causa che recata prima alla tenue giurisdizione del pretore, indi passa in grado d'appello al tribunale civile, viene perciò considerata di maggior importanza, e con ragione, essendo che il secondo e decisivo esperimento contiene realmente un interesse superiore.

Se si vuole un riscontro di quello che ho chiamato *elemento accidentale e variabile*, esso può vedersi nelle particolarità indicate nell'ultimo periodo dell'articolo 148, e più generalmente preluse nell'articolo 154.

2. *Calcolo del termine.* La più o meno lunga durata del termine è una delle pronunciazioni che sono in dominio del legislatore, date queste due regole che deve rispettare: 1° tempo sufficiente allo scopo, 2° gradazione razionale e armonica distribuzione, avuto riguardo ai vari elementi che possono concorrere nel concetto concreto del termine.

L'unità di misura delle distanze è una delle norme fondamentali, e prima fra le materiali, che appartengono alla sistemazione del termine.

Per lo più, all'uso dei francesi, i codici hanno adottato (eccetto che per gli esteri) di fissare un termine pei giudizi avanti i giudici inferiori, un altro avanti i superiori, per es., di tre giorni rapporto agli uni, di otto giorni rapporto agli altri, aumentando indi il termine in ragione d'una distanza considerata al di là di una certa periferia assegnata al territorio del tribunale. Questo modo di calcolare è stato in vigore sino ad oggi, credo, in tutte le procedure, ma il Codice novello si è emancipato dal vecchio sistema.

Persuaso di avere distribuito colla maggiore regolarità il proprio territorio alle varie

e graduali categorie degli ordini giudicanti, il legislatore ha preso per misura di distanza i centri e le circonferenze di codeste sfere giudiziarie; ed è asceso per questa scala: 1° il comune, 2° il mandamento (territorio pretoriale); 3° territorio del tribunale civile, 4° territorio della corte d'appello. Poi suddivide il mandamento in comuni, la giurisdizione del tribunale in mandamenti, ecc., e distingue il caso dei mandamenti limitrofi o non limitrofi, ma compresi nella giurisdizione dello stesso tribunale, o non compresi, e via discorrendo. Il sistema è ingegnoso: specie di scacchiera del territorio dello Stato, e fa piacere vedercelo quasi geograficamente spiegato sotto gli occhi. Se non porti difficoltà e imbarazzo, lo vedremo in pratica (io scriveva nel 1866). Occorre di avvertire che siffatti termini sono inalterabili *in meno*, ma si può, senza incorrere in nullità, accordarli *alquanto più estesi*. Dice l'art. 147: *il termine... non può esser minore*, e l'art. 148: *il termine... dev'esser almeno...*

Accade realmente che il convenuto può essere citato in un luogo, e dover comparire in un altro molto lontano nel vasto comprensorio del regno, e ciò principalmente in due casi. Se trattasi di *azione reale*, uno che sta a Palermo, dovrà comparire in un tribunale dell'alta Italia, a Novara o a Brescia, ove esiste l'immobile. O di *azioni personali* ma da giudicarsi in certe sedi determinate dalla legge, per es. dove una società ha il suo centro di operazioni, dove si è amministrata la tutela, nel luogo dell'ultimo domicilio del defunto, ecc.

3. Nel nuovo Codice abbiamo la *citazione in via sommaria* (ultimo capov. dell'art. 148). Il procedimento sommario lo troviamo successivamente annunziato nell'articolo 155. Qui la citazione sommaria è semplicemente quella che porge *termini abbreviati*, i termini descritti nel precedente articolo 147. Ma infine la disposizione non concerne che le cause commerciali dipendenti da *lettere di cambio*, o *biglietti all'ordine*, o *controversie marittime*, che generalmente dovrebbero trattarsi a termine, come sopra abbreviato.

4. **Questioni.** — *a) Se il convenuto che ha la sua residenza o domicilio molto lontano dalla sede del tribunale a cui è chiamato, riceve in persona l'atto di citazione in luogo prossimo allo stesso tribunale, dovrà godere di quel termine che gli sarebbe stato assegnato se fosse stato citato alla sua residenza o domicilio?* In Francia è questione risoluta in senso affermativo. « *En principe*, dice il Chauveau, *le délai de distance doit toujours être observé, soit qu'on assigne le défendeur à son domicile, soit qu'on lui notifie l'exploit à personne, au lieu même où il doit comparaître* » (quest. 379 in Carré, articolo 74). La ragione che egli ne dà con Dalloz e Thomine è questa, essere ragionevole che gli sia concessa quella comodità del termine nell'interesse della sua difesa, presumendosi sempre che ognuno ritenga nella propria casa le carte e i documenti dei quali dovrà valersi. Secondo quella legislazione, il termine comune degli otto giorni riceve l'aumento di un giorno ad ogni tre miriametri di distanza (Ordinanza del 1667, Codice di procedura civile, articolo 1033). Una eccezione esiste per quanto riguarda gli stranieri, come or ora dirò, e con ciò si conferma la regola. La sorpresa di quell'uomo a breve tratto dal seggio del tribunale, come meramente accidentale, si ritiene non potere influire sulla sua posizione giuridica. Ma qualunque sia la ragionevolezza di tale principio, non *sarebbe possibile una conclusione simile secondo la legge nostra attuale*. Fra due punti ben definiti si circoscrive e si rinquadra, per così dire, il termine: *Il luogo in cui si eseguisce la citazione — e quello in cui deve comparire*. Cosicchè se un abitante di Messina è citato avanti un pretore di Genova (in Genova) per un'azione reale, non avrà che due giorni. Questo principio generale della nostra legge risolve ogni dubbio anche rapporto al domicilio d'elezione. La notificazione fatta al domicilio eletto è come fatta alla persona; e dalla sua distanza al luogo ove siede l'autorità giudiziaria, il termine è computato (V. sotto questione c).

b) Se uno straniero è citato in persona in qualche parte del regno, godrà il termine assegnato dall'articolo 150?

Precedenti storici. L'articolo 74 del Codice di procedura francese dice: « *Lorsqu'une assignation à une partie domiciliée hors de France sera donnée à sa personne en France, elle n'emportera que les délais ordinaires, sauf au tribunal à les prolonger s'il y a lieu* ». L'art. 74 modificava, con ben calcolato proposito, l'articolo 73, che larheggiava nel tempo a favore dei citandi fuori dello Stato poco più di quello che si faccia adesso, malgrado la maggiore facilità e rapidità delle comunicazioni. Era pertanto legge in Francia anteriore al Codice, per la quale, abbenchè la citazione fosse consegnata allo straniero entro i confini del regno, il termine continuava ad esser quello che doveva venirgli assegnato se l'avesse ricevuta fuori: il che, fu osservato nell'*Exposé des motifs*, tornava spesso a gran danno dell'attore. D'altro lato questa disposizione po-

teva credersi anche troppo severa, per non dire ingiusta. Come rispondere a un appello così improvviso, e una chiamata tanto subitanea, se l'affare era grave, se quello straniero non poteva consultare le sue memorie, i suoi libri, forse a Washington o a Calcutta? Piacque, e fu lodato il temperamento a cui si era già acconciata la Legge del 26 germinale, anno XI, non concedendo in questo caso altro termine oltre quello che al nazionale si sarebbe dato, faceva abilità al tribunale di *prolungarlo, se e come fosse prudente a farsi* (s'il y a lieu).

Soluzione. Se la differenza dal luogo della consegna della citazione al luogo dell'udienza costituisce la distanza e segna il termine (articoli 147, 148), è questione finita: lo straniero, non più considerato come tale, in qualunque parte del mondo abiti, citato in persona, sarà soggetto a quella regola: peggio per lui se si è lasciato cogliere troppo vicino al tribunale! Nelle cause ordinarie o formali (procedimento formale) gli resta pure una certa comodità di difesa; ma se trattasi di procedimento sommario, che equivale a *udienza fissa* (art. 155), il caso è di una vera gravità, la disposizione diventa seria, da meritare, io penso, una riforma. Tanto più che la legge non tempera in verun modo la strozzante angustia del termine, quantunque qualche riguardo di tempo non possa esser negato al prudente arbitrio del giudice.

c) *Se lo straniero è citato al domicilio eletto, gli sarà assegnato il termine comune, o piuttosto quello dell'articolo 150?*

Precedenti storici. La tradizione francese ci offre dubbi e questioni. Mancando colà una disposizione letterale (che in vero non abbiamo neppur noi), la giurisprudenza si divise. Si ricordano alcune decisioni che preferirono di calcolare la distanza *dal domicilio eletto*, anziché *dal domicilio reale* (cassazione, 25 pratile, *Journal Av.*, tom. XIII, pag. 54, 4 febbraio 1808) e non poche decisioni di corti reali, ma in senso contrario (cassazione, 4 luglio 1806 e 1° aprile 1807, e qualche corte reale). Senza cercare troppo avanti nella giurisprudenza moderna di Francia, che non è gran fatto necessario, ricorderò le divisioni degli scrittori, stando per la distanza dal domicilio eletto, in origine Merlin, indi Dalloz, Boncenne, con restrizioni più o meno gravi Favard de Langlade, Lepage e Pardessus, in contrario il Chauveau, fondato su questo, che il mandatario a ricevere la citazione al domicilio eletto non può avere, ed ordinariamente non ha, istruzioni a difender la causa, e in ogni caso egli deve comunicare la citazione al luogo di reale abitazione del suo mandante, ove si ritiene avere i documenti della difesa.

Soluzione. Quest'ultimo riflesso potrebbe avere una certa forza rispetto segnatamente allo straniero, che forse è lontanissimo, e data ogni diligenza del suo domiciliatario, tarderà ancora chi sa quanto ad averne notizia. È stato osservato da qualche scrittore, probabilmente non senza ragione, ch'egli va a trovarsi in peggior condizione di quella in cui sarebbe se la citazione gli fosse stata consegnata in persona, quantunque in luogo più vicino al tribunale, chè almeno la notizia l'avrebbe avuta. A parte siffatte riflessioni, che per noi studiosi di leggi positive, non decidono molto, noi troviamo che quello straniero potrebbe invocare l'articolo 150, e sostenere che la elezione del domicilio lo rende bensì soggetto alle leggi dello Stato, senza uopo della sua presenza nel territorio; che un tale domicilio può eziandio determinare la competenza locale, ma non la privazione della sua qualità di straniero e dei vantaggi che deve godere relativamente al *termine* che gli viene assegnato dall'articolo 150 e dalla giustizia dello Stato, che non deve prevalersi della forza che possiede per rendere impossibile, o almeno troppo difficile allo straniero la difesa, e dare allo statista una indebita superiorità giuridica. Queste considerazioni sono più calzanti, o almeno più dirette, tuttavia sono senza valore in faccia alla nostra legge e al *principio razionale del termine*, posto nei più volte mentovati articoli 147 e 148. Si aggiunge: 1° *che l'art. 141 parifica, per gli effetti della notifica della citazione, il domicilio eletto al domicilio reale*; 2° *che lo straniero che ha domicilio eletto nel regno, non è considerato straniero rapporto a quei giudizi nei quali può esser citato a quel domicilio*; 3° che non può lagnarsi di sorpresa nè di deteriorata difesa colui che conosceva in qual luogo e per quali cause poteva esser citato, ed ebbe campo di dare istruzioni e mantenere corrispondenza più regolare coi suoi mandatari.

d) *L'art. 150 è applicabile all'assente?* Il che vale quanto il domandare se l'art. 150 si applichi solamente ed esclusivamente allo straniero. *Ma quale è assente?* Ecco un'altra domanda che si presenta da sè. Non possiamo preoccupare le osservazioni che faremo agli articoli 793 e seg.; ci bastano ora alcune avvertenze generali. O l'*assente* può dirsi avere ancora un domicilio nello Stato, fosse pure il suo domicilio d'origine, egli sarà ivi citato colle regole ordinarie, o l'*assente* rinunciò

alla cittadinanza patria e si acconciò collo straniero, è straniero, o si sa che l'*assente* abita, per es., a Vienna, e si preferisce di citarlo a Vienna, come si farebbe se veramente si fosse reso straniero, il termine sarà quello dell'articolo 150, che, diciamo per occasione, non riguarda propriamente ed esclusivamente lo straniero, non facendo ragione *della qualità civile o politica del citato*, ma solo della distanza. O finalmente, va colui pel mondo *senza domicilio conosciuto*, conviene abbandonare l'art. 150, e ricorrere a tutt'altra legge.

Bisogna confessare che il caso non è letteralmente preveduto, come lo fu nell'art. 141, coi modi e forme della notifica. Premessa la quale confessione, che noi facciamo pel legislatore, e ritenuto che per l'applicazione dell'articolo 150 deve aversi la idea del luogo ove deve mandarsi la citazione (che non avviene a domicilio ignorato), quale altra disposizione potremo adattare al caso *fuorchè il num. 5 dell'articolo* 148, che è generalissima, e messa là appunto per regolare i casi non espressamente contemplati?

Articolo 151.

Quando nella stessa causa siano più convenuti si deve assegnare a ciascuno il termine che gli compete a norma degli articoli precedenti, e non è necessario che il medesimo scada per tutti nello stesso giorno

Se si tratti di citazione per comparire a udienza fissa i convenuti devono tutti essere citati per l'udienza medesima, salvo ad essi il termine che loro compete.

Annotazioni.

Se più sono i citandi (e possono esser ben molti), a ciascuno il suo termine, e non importa che le citazioni vengano successivamente apparendo l'una dopo l'altra alla cancelleria *apparenza successiva*, che sta in relazione col disposto dell'art. 158, pel quale ogni procuratore è in regola quando depone l'atto di citazione coi documenti, ecc. in cancelleria *prima della scadenza del termine* (V. annotazioni all'art. 158). Dalla scadenza del termine della citazione dovrebbe cominciare il processo difensivo (V. più sotto le annotazioni all'articolo 164; e con questo metodo noi potremo avere una serie di atti o piuttosto di processi che si susseguono secondo le scadenze delle varie citazioni. Tale sistema che è pur quello del Codice precedente (buono o no, lascio agli altri il giudicarne) bisogna che cessi quando si tratta di processo sommario e di *udienza fissa*. È ciò che si dichiara nel capoverso dell'articolo. Se tutti sono citati ad un giorno, termini diversi non potranno prefiggersi: ma qual senso avranno le ultime parole — *salvo ad essi il termine che loro compete?* Non altro certamente fuorchè questo. niuno può esser defraudato del termine legale che la legge generale descrive ad ognuno in ragione della distanza. Ma niente osta che non possa darglisi un termine più lungo; ed è in relazione col seguente articolo 153.

E quando sarà che *si deve comparire a udienza fissa?* In due eventi, che non si hanno a confondere *nel puro procedimento sommario, in cui la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa* (art. 155, e nel caso di citazione *autorizzata in via sommaria* (articolo 154.

Articolo 152.

Nella citazione per proclami il tribunale o la corte stabilisce il termine secondo le circostanze

Annotazioni.

La citazione per proclami *può farsi in qualunque causa, per qualunque procedimento, e davanti ogni autorità giudiziaria*, eccettuato il conciliatore (articolo 146). L'arbitrio dato al tribunale o alla corte di assegnar termini *secondo le circostanze*, non potrà certamente essere usato in guisa da offendere la legge; ossia quel principio di libertà che nel diritto del termine è rappresentato. Vi dev'essere adunque *convenienza di termini e rispetto della legalità fondamentale*. Senza ciò, la citazione potrebbe annullarsi, malgrado ogni facoltà accordata dall'articolo che deve mettersi in armonia con quella che tornerò a chiamare le-

galità fondamentale alla quale può benissimo qualche volta derogarsi per casi eccezionali ed urgenti (articolo 154), ma questi sono fuori della contemplazione del presente articolo. Quindi, almeno io così credo, *non potranno assegnarsi minori termini di quelli che la legge assegna secondo la qualità dei tribunali* (mi servo talvolta di questa parola per indicare *autorità giudiziaria*, ma, se non erro, in modo da non rendere equivoco il mio discorso) non potranno adunque assegnarsi termini minori di quelli che dovrebbero assegnarsi, data la qualità del tribunale *almeno in rapporto a quel minor termine che verrebbe dato in ragione della minore distanza.* Mi spiego. Secondo l'articolo 148, il termine a comparire avanti un tribunale civile o una corte d appello non è mai minore di *giorni dieci*. E mai non potrà assegnarsi un termine minore di giorni dieci, malgrado l'arbitrio attribuito apparentemente dall'articolo; checchessia delle maggiori distanze, e di una tal quale moderazione del termine o in ciò solo potrà esercitarsi l'arbitrio, *non competendo realmente per questo articolo 152 la facoltà abbreviatrice del termine*, che è oggetto speciale dell'articolo 154. È molto più probabile, e diremo più giusto, che il magistrato prudente usi la facoltà che in questo specialissimo caso gli è accordata dalla legge, con una certa ampliazione di termini, e si guardi dal restringerla e dall'angustiarla, in vista appunto del modo singolare ed eccezionale di notificare le citazioni che emana da considerazioni estrinseche, tutto in vantaggio e comodo dell'attore.

Articolo 153.

È nulla la citazione, nella quale sia stato assegnato un termine minore di quello stabilito dalla legge.

Annotazioni.

Questo articolo si confonde forse col 145, n° 2, o esprime qualcosa di diverso? Il concetto non è identico, ma bisogna conciliare i due articoli. Il primo parla della *incertezza sulla espressione del termine* nell'atto di citazione. Secondo l'articolo 153 la espressione non sarebbe dubbia ed equivoca, ma chiara: il termine *assegnato* sarebbe più breve del termine *legale*. Il termine *espresso* è sempre il termine *assegnato*, e questa è la sola idea comune ai due articoli. La disposizione è stata posta a questo luogo a compiere la teoria del termine, come uno de' suoi pronunciati fondamentali.

Articolo 154.

Nei casi che richiedano pronta spedizione, il conciliatore, o il pretore, il presidente del tribunale o della corte possono abbreviare i termini stabiliti negli articoli 147, 148 e 150; possono altresì autorizzare la citazione in via sommaria, e, nel caso di cui nel numero 1° dell'articolo 147, anche per lo stesso giorno ad ora indicata. I termini stabiliti nei numeri 2, 3, 4 e 5 degli articoli 147, 148, e quelli stabiliti dall'articolo 150, non possono essere abbreviati oltre la metà.

Il conciliatore, il pretore, o il presidente dà la permissione con decreto sull'originale dell'atto o del biglietto di citazione, e stabilisce il termine entro cui la citazione deve notificarsi, e l'udienza in cui le parti devono comparire, se si tratti di citazione in via sommaria. Il decreto è trascritto nella copia dell'atto, o biglietto di citazione.

Annotazioni.

1. Casi che *richiedono pronta spedizione*, quali saranno? Avendo il giudice *un potere discrezionale* (V nota 2), a lui, alla sua prudente saviezza appartiene il decidere; non si può chiedergliene conto.

2 *Ma è proprio sovrana codesta sua facoltà di abbreviare il termine, e non gli può esser fatto contrasto ed opposizione?* L'opposizione potrebbe motivarsi dall'averne abusato, supponendo un'urgenza, un bisogno di celerità che proprio non c'era; o perchè fu così avaro del tempo, e così breve respiro accordò, che il convenuto ne provò grave pregiudizio, trovandosi come assalito da una domanda improvvisa.

Noterò in passando che con una legislazione

non troppo diversa, in Francia se ne fece, e forse si fa ancora, un disputare infinito sulla qualità e natura di codesta *facoltà*, per inferirne da alcuni e negare da altri il diritto di fare una opposizione qualunque alle sue risoluzioni. E intanto quelli che propugnano la incensurabilità della ordinanza (Carré, quest. 378, Poncet, *Des jugements*, tit. II, cap. II, Chauveau), non contenti di mostrare che la legge giudiziaria non porge rimedi, fanno anche un po' di teoria, distinguendo la *juridiction contentieuse* e la *juridiction gracieuse*, tale volendosi quella nella quale il giudice *prononce sur les demandes d'une partie que la loi autorise à se présenter seule, sans appeler l'adversaire qui pourrait avoir quelque intérêt à la contredire*.

Veramente non può dirsi questione senza importanza se si consideri che, non in questo caso soltanto ma in molti altri, simili *provvedimenti* (parola abbastanza significativa e propria) possono emettersi dall'autorità giudiziaria, che se ne fece uno degli ordinamenti generali della procedura nell'articolo 50 (ora contrassegnati sotto nome di *decreti*), e se ne veggono esempi agli articoli 111, 130, 146, 178, 185, 186, e via discorrendo. Analizzando le diverse e svariate applicazioni che in moltiplici forme si presentano, un commentatore sottile potrebbe anche rilevarne le differenze; noi non possiamo scendere a sì minute indagini. Diremo poche parole per respingere la qualificazione della *juridiction gracieuse*, o, che poi ci torna lo stesso, a biasimare quella nomenclatura. *Non si può ammettere nei giudici giurisdizione graziosa.* I giudici non fanno grazia mai, fanno sempre giustizia. Esercitano, è vero, talune facoltà determinate dalla legge, *senza contraddittorio*, ma ciò avviene perchè simili facoltà hanno carattere piuttosto *ordinatorio* che *decisorio*, perchè lo scopo della speditezza, della semplicità (che è uno di quelli che deve proporsi la legge giudiziaria) verrebbe meno. Non pertanto i giudici sono esonerati dal dover prestare la più seria attenzione onde non siano lesi i diritti della parte costretta a tenersi in silenzio e a lasciar fare, la legge si affida nella saggezza del magistrato e, in una parola, gli attribuisce un *potere discrezionale*. Questa è la formola. E alla luce di queste formole svaniscono le obbiezioni di principii; poichè essendo il potere discrezionale di sua natura incensurabile, e non potendo essere surrogato da un altro (e ciò diciamo teoricamente e genericamente), non potrebbe concepirsi opposizione e appello.

Del resto essendo già stata nel nuovo Codice con particolare accuratezza delineata le norme generali dell'opposizione e dell'appello, (come vedremo nel corso del nostro esame), non possiamo rimanere in dubbio sulla facoltà autonoma del giudice rapporto alla disposizione presente.

3. *Abbreviazione di termine, e decreto autorizzante la citazione in via sommaria.* Sono cose diverse. Di fatto si abbreviano i termini, autorizzando ad assegnarne minori di quelli che la legge generale prescrive, si autorizza la citazione in via sommaria, *destinando la udienza a giorno determinato*.

4. L'abbreviazione cade sui *termini* stabiliti dagli articoli 147, 148 e 150, ma vi sono delle limitazioni. *Quelli stabiliti nei numeri 2, 3, 4 e 5 dell'articolo 148, e quelli stabiliti nell'articolo 150, non possono essere abbreviati oltre la metà.* Adunque quasi tutti, e quelli di giorni *tre, quindici e venticinque*, saranno serbati con un giorno di più, oltre la metà, a favore della parte citata. La ragione si è che nei casi del num. 1, sì dell'articolo 147 che del 148, il citato si trova *nello stesso comune*, e non c'è distanza. Ognuno già vede che non è punto necessario che la citazione sia personalmente intimata (quando non si possa farlo), e può esserlo con qualunque altro dei modi prefissi dalla legge.

5. Teniamo registro della notevole differenza che la legge indica *fra il nº 1 dell'articolo 147, e il nº 1 dell'articolo 148*. In ordine a quello *la citazione può esser ordinata per lo stesso giorno ed ora indicata*, in ordine a questo, no. Ma le cause ivi contemplate sono quelle del *conciliatore* e del *pretore*, quindi di una inferiore quantità e importanza oggettiva, le altre sono portate ai *tribunali civili*, ai *tribunali di commercio* e alle *corti d'appello*.

6. **Questioni.** — *a) Se la causa è portata avanti il pretore in via d'appello da sentenza del conciliatore, l'articolo sarà egualmente applicabile?* La legge non distingue.

b) Quando la citazione è autorizzata in via sommaria e a udienza fissa, dovrà tuttavia osservarsi la disposizione per la quale i termini non possono abbreviarsi oltre la metà? Motivo di dubitare è la differenza che esiste fra codesti due ordinamenti, la differenza fra termine *abbreviato* e *citazione in via sommaria*. Sembra che l'ultimo accenni a qualche maggiore urgenza.

Nondimeno la disposizione deve considerarsi generale. È facoltativo abbreviare il termine, e altresì ordinare la citazione in via sommaria a udienza fissa, ma non appare che in questo caso possa eziandio stringersi il ter-

mine oltre la regola proposta. È questo, come si vede, un limite della stessa facoltà. *Rispondo negativamente.*

c) *Trattandosi dei casi previsti dal periodo ultimo dell'articolo* 148, *si potrà ulteriormente abbreviare il termine; e fino a qual punto?* Motivo di dubitare si è appunto l'abbreviazione di diritto, specificata in quella legge, onde si chiederà se *due abbreviazioni* siano possibili sullo stesso soggetto.

Si risponde, che non sono due facoltà accordate al giudice: che quella dell'art. 148, periodo ultimo, è semplicemente un diritto della parte quando si trovi in quelle date condizioni. Ciò posto, non è incompatibile che in casi urgentissimi, non approfittando la parte di quel suo diritto, implori dal giudice un'abbreviazione maggiore. *Ma qual è in tale contingenza lo stato del termine, e che potrà fare il giudice?* Egli pure ha dei limiti che non può oltrepassare lo abbiamo veduto. Se ha la facoltà di abbreviare ulteriormente il termine già abbreviato dalla legge trattandosi di *lettere di cambio, biglietti all'ordine, equipaggi, viveri, ecc., riparazioni di navi pronte a far vela, ecc.*, tutte cose che possono presentarsi urgentissime, egli prenderà per punto di partenza lo stesso termine abbreviato; secondo il quale si rientra immediatamente nelle disposizioni dell'art. 147, e più non si tien conto dei più larghi termini stabiliti dall'art. 148. E seguendo le norme nel presente art. 154 determinate, potrà abbreviare quelli fissati nei num. 2, 3, 4 e 5 dell'articolo 147, *ma non oltre la metà;* e nel caso del num. 1 potrà anche ordinare l'udienza per lo stesso giorno.

TITOLO IV.

DEL PROCEDIMENTO.

OSSERVAZIONI GENERALI

« Il procedimento giudiziario non essendo che il metodo col quale le parti fanno valere le loro ragioni e promuovono tutte le ricerche che credono utili alla scoperta del vero, segue che il medesimo può e deve assumere forme diverse, tanto per la diversa natura delle questioni, quanto per la diversa costituzione dell'autorità giudiziaria chiamata a deciderle.

« La sicurezza dei litiganti, la semplicità e la celerità nello svolgimento dell'azione giudiziaria sono gli elementi costitutivi di un buon sistema di procedura. Contemperare fra loro cotali elementi, secondo le diverse esigenze dei casi, importa la soluzione di uno dei più difficili problemi legislativi » *Relazione* Pisanelli.

Premesse queste considerazioni molto generali, l'illustre ministro esprimeva le sue idee intorno alle due forme consuete dei procedimenti *ordinari* e *sommari* colle seguenti parole

« La sicurezza dei litiganti deve pertanto prevalere di regola agli altri due elementi *semplicità e celerità*, e a questa regola s'informa il procedimento ordinario con un misurato svolgimento di tutta la procedura, l'istruzione scritta della causa vi trova un'applicazione piena, lasciandosi alla procedura orale la discussione dei mezzi che le parti hanno fatto valere nella istruzione »

« Ma dopo la regola vengono le eccezioni. Vi sono delle cause che per la loro semplicità possono essere facilmente definite; la procedura ordinaria sarebbe quasi superflua e nocevole per le spese che porta ad amendue le parti Ve ne sono altre che per ragione della urgenza richiedono una pronta spedizione sottoponendo le medesime alla naturale lentezza della procedura ordinaria, si arrecherebbe un danno difficilmente riparabile. Vuolsi per tali cause derogare alle forme normali, ordinando procedimenti speciali che il *progetto* chiama *sommari* »

« L'essenza di questi procedimenti consiste talvolta nell'abbreviare i termini stabiliti per la istruzione scritta, e talvolta a togliere affatto istruzione preliminare, commettendone l'ufficio alla procedura orale. Quindi la distinzione di tali procedimenti in *sommari semplici* o *sommari a udienza fissa*. L'identità del genere non esclude però la varietà della specie: esse assumono forme diverse, secondo la diversa composizione dell'autorità che deve pronunciare sulla controversia ».

Osservato che il procedimento *a udienza fissa* è connaturale al giudice singolare, quale il conciliatore e il pretore, prosegue: « Quanto alle cause di competenza delle altre autorità giudiziarie, il progetto adotta una distinzione. Stabilisce il procedimento sommario nelle cause che per l'indole loro presentano evidenti, in tesi generali, i caratteri della urgenza e della semplicità, e lo ammette anche per le altre controversie in casi speciali, lasciando al prudente criterio del magistrato di autorizzarle, tenuto conto delle circostanze ».

« Quindi, per ragione della urgenza che si verifica sempre nelle materie commerciali, ha prescritto che davanti i tribunali di commercio debba osservarsi il *procedimento sommario semplice*, tenendo ancora conto di una maggiore urgenza e di una presunta semplicità che viene generalmente dimostrata dalla esperienza, prescrive il *procedimento sommario a udienza fissa* nelle cause relative a lettere di cambio, biglietti all'ordine, o nelle cause marittime... ».

« Ma nelle altre cause civili è difficile rinvenire *a priori* un criterio certo per determinare l'urgenza o la semplicità della causa al fine di sottrarla alle regole del procedimento ordinario. Si riscontrano gravi difficoltà nel classificare in modo esatto e compiuto le cause ordinarie e sommarie. O queste ultime si vogliono precisare con indicazione tassativa in casi affatto speciali, e sarà impossibile di comprendere tutti i casi nei quali può esservi identità di ragione per ammettere il procedimento sommario; o si vogliono far categorie di casi talmente generici da soddisfare a tutte le possibili emergenze, e si corre il pericolo di comprendervi cause di natura diversa, onde la eccezione stessa diverrebbe regola ».

Non sarà stato inutile vedere così delineate a grandi tratti le idee direttive del progetto. In effetto il metodo processuale s'informa a due criteri diversi che segnano insieme il limite loro: il bisogno di maturar bene le cose, il bisogno di spedir presto gli affari: è questione di tempo, è questione di rito più o meno grave e solenne; da ogni lato vi è uno scoglio, quello di far presto e male, quello di far bene se vuolsi, ma con troppo dispendio di tempo. La cosa dev'essere proprio difficile, poichè l'imbarazzo del legislatore non sarebbe ancora finito dopo tanti codici di procedura che si sono scritti. Del resto il progetto ha subito in definitiva delle modificazioni che si possono anche qualificare importanti. Chi voglia rileggere la Relazione del ministro Vacca, ove si discorre del procedimento, potrà persuadersene, ma più ancora, e meglio, seguitando ad esaminare con noi il sistema del Codice.

Articolo 155.

Il procedimento è formale o sommario.

Il procedimento formale si osserva davanti i tribunali civili, i tribunali di commercio e le corti d'appello.

Il procedimento sommario si osserva davanti i conciliatori, e i pretori.

Il procedimento sommario si osserva altresì davanti i tribunali civili, i tribunali di commercio e le corti di appello, nei casi stabiliti dalla legge.

Nel procedimento sommario la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa.

Il procedimento davanti la corte di cassazione è regolato con norme speciali.

Annotazioni

1. *Formale* appelliamo il procedimento che si svolge con un certo rito misurato e solenne, e più larghi sviluppi permette ai mezzi di attacco e di difesa, *sommario* accenna a compendio, a forma, si direbbe, abbreviatura, e più semplice. E intanto « il procedimento formale è la *regola*, il procedimento sommario è la *eccezione*, onde, pur mancando disposizione espressa, *converrebbe risalire dalle norme del procedimento sommario alle norme dell'ordinario*, non viceversa ». Notevole avvertenza, e non certa, di un discorso ministeriale.

2. Ma questo è un soggetto da cui si raccoglie ben poco, generalizzando. Vediamo adunque il sistema del Codice. Si è fatto un lodevolissimo sforzo per rinnovare questa parte così grave e così influente del rito giudiziario; e già abbiam visto nelle due relazioni la cura che se n'ebbe, poichè se ne sentiva fortemente il bisogno. Si è cominciato dal semplificare. Partendo, come soglio, dalla legislazione del 1859 (1), veggo che le due forme di procedimento sommario si ridussero ad una. È abolita la nomenclatura e anche la sostanza del *procedimento sommario semplice*, e del *procedimento sommario a udienza fissa* (tit. XXI, cap. I e II, lib. IV del Codice di procedura civile, 20 novembre 1859). Il carattere del procedimento sommario è l'*udienza fissa*. Il procedimento formale è l'indeterminato, è lo svolgimento dei mezzi giudiziari senza termine prefisso. La difficoltà è nel realizzare questi metodi.

3. *Sistema del Codice*. — a) Tre sono i criteri per l'adozione del procedimento sommario. 1° *La qualità della magistratura giudicante*. Questo criterio ha due basi: la semplicità e il bisogno di speditezza, che caratterizza le cause di minore entità, e l'indole del processo che si tratta avanti un giudice singolare. 2° *La speciale qualità della causa o domanda*, non più dedotta dalla limitata natura della giurisdizione, ma dal suo proprio carattere, dalla sua indole speditiva, in quanto la legge l'ha riconosciuta per tale (num. 1 e 2 dell'articolo 389). E ancora questo criterio si suddivide in *tema principale* e in *tema subalterno*, che esattamente dicesi incidente. 3° *Le particolari circostanze della causa*, e questo intende il num. 3 dell'articolo 389, onde la distinzione che io concepisco fra *speciale qualità della domanda* e *circostanze particolari* di una data causa. Poichè, in *regola generale*, avanti i tribunali civili e le corti di appello, si comprendono domande meritevoli di larga e copiosa discussione, ne conseguita che *speciali* dovranno chiamarsi quelle che vi stanno come eccezione, ma tuttavia la trattazione rispettiva, vuoi col metodo formale, vuoi col sommario, è preordinata dalla legge (ordinata, intendo, *a priori*), ma non così rispetto al *terzo criterio*. La *particolarità di un fatto*, i caratteri più o meno urgenti di una domanda, desunti appunto da *circostanze* che non sono che di mera eventualità e contingenza, non possono essere dominate dalla legge *a priori*, e d'uopo è rimettersi volta per volta, caso per caso, alla coscienza e rettitudine del magistrato.

Vedremo, a suo luogo, che anche avanti i *tribunali di commercio* esiste un procedimento formale e un procedimento sommario. Non credo che in veruno dei passati Codici di procedura si concepisse, fuorchè *sommario*, il procedimento avanti i tribunali di commercio.

b) Questa veduta nuova è più perspicua, più analitica, più giusta. Per essa si tien conto e *della varietà delle materie* che nell'ampiezza degli attuali commerci vi si discutono, e si tien conto altresì *della distribuzione di esse* lungo la scala dei giudici inferiori. Attribuire lo stesso metodo di trattazione, o lungo o breve, alle cause che si portano ai tribunali di commercio, quasichè fossero tutte egualmente gravi e urgenti del pari, era un errore e fu riparato. Le piccole cause commerciali, le più pressanti, le più moleste a chi le fa e a chi le subisce, vanno già al conciliatore e al pretore.

c) Un altro principio del metodo è questo, che *procedimento formale non significa sempre la stessa cosa*, cioè lo stesso corso di atti, lo stesso giro di termini, ecc. Il procedimento formale che si tiene avanti i tribunali

(1) Mi giova ricordare anche una volta ciò che accennai nella prefazione. Per le immediate comparazioni legislative, io parto sempre dall'ultima legislazione giudiziaria, che nata e pubblicata in Piemonte, fu estesa a gran parte d'Italia, ed ora è cessata. Prima e sopra di ogni altra, che piuttosto tollerata che accolta, si era lasciata vivere e in questa o in quella provincia, essa forniva al legislatore la materia di confronto e l'oggetto della riforma. Trascorrere negli altri codici più o meno lontani da questo tipo, d'indole e carattere diverso, per venire tracciando dei confronti a semplice mostra di erudizione, non è nel mio metodo, io concentro le riflessioni come le memorie, e le dirigo ad uno scopo

di commercio (articolo 393 e seg.) è diverso da quello che si osserva presso i tribunali civili meno pesante, meno irto di formalità. In conseguenza, procedimento formale e procedimento sommario sono *idee di relazione*, e, più che assoluto, hanno un valore comparativo.

d) Se si domandasse quali sono le categorie degli affari che si trattano col procedimento sommario, non potrebbe additarsi veruna regola che sistematicamente li comprenda, come nel Codice di procedura francese, e nell'ultimo nostro all'articolo 472. Io intendo e apprezzo tutta la importanza di questo cangiamento. Si corre pericolo di dir troppo, di dir poco, o nulla. In questo timore l'articolo 472 della procedura civile del 1859 finiva con un richiamo generale alle leggi eccezionali sparse pel Codice, quasi riconoscendo la propria inutilità.

e) Un'ultima avvertenza, e si avrà, io credo, una sufficiente nozione del sistema. Applicare il metodo alle contingenze dei casi, e prescindere dallo spirito di sistema, sembra più che mai la cura del legislatore. Quindi in ogni parte del Codice le forme dei giudizi si veggono pressochè ragguagliate all'indole e qualità loro, difatti la ragione intrinseca del procedimento, lo abbiamo detto ancora, è la difesa, fare che il tempo e il rito vi basti; fare che non ecceda troppo per non aggravare colla lunghezza e con inutili dispendi la condizione naturalmente infelice dei litiganti, ma tuttociò senza soverchie pretensioni di rigorismo. Un giudizio che fu rettamente cominciato col procedimento sommario, può mutarsi, via facendo, nell'ordinario se l'affare si è complicato, se la discussione vuol essere trasportata in un campo più capace, tale è il disposto dell'articolo 391.

Vengono qui opportune le osservazioni da me aggiunte nella prima edizione sul procedimento formale e sommario, e sugli incidenti.

1. *Nozione distintiva dei procedimenti tratta dalla Relazione ministeriale.*

2. *Causa razionale della diversità dei procedimenti posta nella maggiore o minore importanza della contestazione, o in quanto maggiore o minore svolgimento faccia mestieri alla difesa; o la natura e l'oggetto della domanda esiga maggiore celerità di giudizio.*

3. *Osservazioni critiche. La nozione, stare la regola nel procedimento formale, la eccezione nel sommario, non si reputa sicura.*

4. *Se la qualità o specie di procedimento regolarmente adottato in prima istanza continui in grado d'appello.*

Dovrebbe così ritenersi in tema generale, svolgendosi in appello la stessa natura di giudizio.

5. *La regola (che non è mai assoluta, ma razionale) viene a cessare, se il giudizio di prima istanza venne trattato avanti a giudici che non conoscono il procedimento formale, ovvero non fu congruo e conveniente alla qualità della controversia.*

Il magistrato giudicante ha la facoltà di ordinare la prosecuzione della causa col metodo formale se venne sino a quel punto osservato il sommario e viceversa.

6. *Delle particolari circostanze che, sopraggiunte nel corso del giudizio, possono determinare il giudice a variare il sistema di procedimento.*

7. *L'osservanza dell'uno o dell'altro sistema di procedimento non è prescritto con assoluto rigore, e il tacito consenso delle parti contendenti rende improponibile la eccezione di nullità.*

8. *Dell'arbitrio del presidente di accordare l'udienza fissa. Ma la parte a cui interessa ha facoltà di opporsi e chiedere l'adozione del processo formale. Lo stesso magistrato giudicante ha tutta facoltà di correggere ciò che si trovasse di abusivo o di meno conveniente alla natura del giudizio nel decreto del presidente, ordinando la prosecuzione del giudizio col metodo formale.*

9. *Natura della questione incidente.*

10. *Delle varie categorie di domande incidentali.*

11. *Esemplificazioni.*

12. *Iniziativa del presidente. Limiti che vi possono essere assegnati.*

13. *Delle domande incidentali che si producono direttamente al collegio anzichè al presidente.*

14. *Riassunto di regole che si ritengono conformi allo spirito dell'articolo 181.*
15. *Del senso interpretativo che dovrebbe attribuirsi all'articolo 181.*
16. *Riesame delle funzioni del presidente considerate nel loro complesso, onde si desume argomento che l'uso della domanda singolare avanti il capo del tribunale non è ripugnante al giudizio sommario.*
17. *Dei vari sistemi che comparvero nella pratica del fòro: considerazioni su codesti sistemi.*
18. *La natura dell'incidente importa una specie di rito sommario innestato nel processo formale, ma non altera il carattere generale dello stesso procedimento formale, neppure all'effetto del metodo da seguirsi in appello proposto contro sentenza incidentale.*
19. *D'altra parte a costituire il giudizio sommario di appello non è sempre riservata l'autorizzazione del presidente, e la sua indole sommaria può essere determinata dalla legge.*

I.

1 *Hic labor*, e parmi che fatichiamo molto nell'intenderci su questo benedetto metodo di trattare le cause, in ispecie quando la materia si carica d'incidenti a fare più laboriosa la digestione. Se gli studi e le dotte dissertazioni fatte su questo tema, e le frequenti applicazioni della giurisprudenza non hanno ancora dissipato i dubbi su ciò che vi ha di più vitale nella formazione del processo, può chiamarsi sventura, o il male deve giacere nella stessa legge. La non lieta esperienza mi impone il dovere di riprendere l'esame di questa parte della procedura, e domando il permesso di estendermi alquanto, abbracciando il soggetto in un discorso complesso.

Della teoria dei procedimenti la Relazione ministeriale ragiona in questo modo: « Secondo il Codice, le specie del procedimento sono nettamente due, il formale e il sommario, nè sarà mestieri avvertire che formale è quel procedimento in cui si osservano le formalità, i termini, le prescrizioni tutte stabilite come normali, e che è sommario quello in cui le formalità sono minori, i termini più brevi, le prescrizioni meno assolute. Dal che apparisce senz'altro come, almeno secondo il sistema del Codice (1), il procedimento formale è la regola, e il procedimento sommario è la eccezione, onde, pur mancando disposizione espressa, converrebbe risalire dalle norme del procedimento sommario alle norme dell'ordinario, non viceversa (Relazione ministeriale » — V. in principio del volume).

Checchessia di questa nozione, sulla quale mi rifarò un po' più avanti, è d'uopo rammentare una suddivisione che è nello stesso Codice. Vi hanno alcuni magistrati avanti i quali non si usa che una sola specie di procedimento, il sommario. Tali sono il conciliatore e il pretore. Avanti i magistrati maggiori il procedimento è biforme, vi ha il formale e vi ha il sommario, ma non ad un modo. Il formale avanti i tribunali civili e le Corti d'appello si pronuncia identico; non diverso è il meccanismo avanti il tribunale di commercio, ma tutti i termini si accorciano (articolo 390); alcune forme di rito sono più semplici (2).

Nel loro tessuto organico la differenza sostanziale dei due metodi processuali consiste in ciò, che la istruzione nel processo formale ha un termine fissato, termine che separa un intervallo che si direbbe libero, fra la comparsa conclusionale, con cui si chiude la istruzione, e la udienza, ove le ragioni che hanno il loro appoggio nel processo scritto si svolgono oralmente. Il procedimento sommario è principalmente orale, e viene a far ressa, per così esprimermi, e gravita all'udienza medesima (3).

La ragione del diverso metodo è sempre riposta nella qualità dell'affare che viene in contesa. Quelli che si recano alla giurisdizione minore dei giudici singolari, sono ritenuti o meno gravi o più urgenti, e quindi sfuggono ai più lenti moti del procedimento formale. Non è veramente che il procedimento sommario sia *proprio dei conciliatori e dei pretori*, come si dice nella Relazione, meglio il Codice scrive, che tale metodo si osserva avanti quei giudici, così richiedendo le qualità

(1) Quasichè razionalmente non fosse incontestabile, e infatti non lo è.

(2) Il regolamento romano aveva questa nozione, applicabile a tutti i Codici: « Nella procedura sommaria le parti sono dispensate da alcuna delle forme e regole e da alcuno degli atti e termini che si osservano nelle cause ordinarie » (§ 340).

(3) Abbiamo un ruolo che può chiamarsi di chiusura, che nel formale pone termine all'istruzione scritta e documentale (articoli 174, 175) e un ruolo di spedizione (art. 390), che è semplicemente la indicazione degli affari che si trattano alla udienza in giorno determinato, e dell'ordine della trattazione.

degli affari che ivi si trattano. Ma avanti i tribunali e le Corti d'appello vi hanno affari più ponderosi, e ve ne ha dei più facili, spigliati, da decidersi prontamente per non commettere un'ingiustizia, giacchè *il buon uso del tempo è un elemento sostanziale di giustizia.*

Il procedimento ordinario (1) o formale e il sommario non sono che diversi modi di distribuire il tempo giuridico, e pur sempre ad un fine di giustizia. Il tempo che s'interpone nel giudizio ordinario è guarentigia di studio e di maturità, scorre più rapido nel sommario, perchè in quei casi una giustizia ritardata sarebbe meno completa.

3. La relazione dell'illustre ministro ci avvertiva che il procedimento *formale* deve considerarsi normale, *eccezionale* essere il sommario, per conseguente ogni giudizio è formale, eccettuati i casi dichiarati dalla legge, che si trovano riuniti nella formula dell'articolo 389.

Era desiderabile una costruzione diversa di questa legge, destinata a indicare le materie del processo sommario. L'articolo 389 non è abbastanza esteso, può produrre degli equivoci, è empirico oltre il bisogno. Di *titolo legale*, al quale sia applicabile il processo sommario, non abbiamo che un solo: *le domande per procedimenti conservatorii e interinali.* Specie di pleonasmo, imperocchè avendo il presidente autorità e dovere di accordare il sommario e di fissare la udienza nei casi che richiedono celerità, anche questa facoltà vi è compresa, e certamente in prima linea. Ma si lasci di questo: si potrà rispondere che in tal caso è tolto ogni arbitrio al presidente, e sia. Ma il numero 2° dell'articolo può far equivoci, mentre dicendosi che *le cause in appello dalle sentenze dei pretori* si trattano col metodo sommario, si potrebbe dubitare che ogni altra causa in appello dovesse trattarsi col metodo formale, il che non è, come vedremo. Finalmente vi è dell'empirico, oltre della soverchia arbitrarietà non regolata da legge, nell'autorità illimitata attribuita al presidente nel numero 3, quasichè manchi ogni principio fermo per classificare i giudizi sommarii.

Invero potrebbe aversi un utile riscontro nell'articolo 363, in cui sono posti con esattezza i caratteri di quelle sentenze, *delle quali si può ordinare la esecuzione provvisoria*. Ivi si può raccogliere con quale spirito la legge giudichi la questione della celerità. Tuttavia, non essendo fra loro visibilmente connesse codeste disposizioni, e in effetto non corrispondendo in ogni parte il risultato, la guida non sarebbe sicura. Havvi, per esempio, che *se la domanda è fondata su titolo autentico, o scrittura privata riconosciuta, o sentenza passata in giudicato*, può la sentenza, che l'accoglie per ordine del magistrato, eseguirsi *provvisoriamente*, ma non è sempre sommario il processo col quale si discutono tali domande (2).

Questa parte, bisogna convenire, manca di sufficiente generalità; quindi è che in infiniti luoghi del Codice, specialmente in materia di esecuzione, è stato mestieri determinare volta per volta l'ordinamento sommario.

Io non esito a dire esser cagione non ultima per cui questa parte della legislazione apparve sì confusa specialmente a popoli nuovi. Dubito che non abbia contribuito alla chiarezza quel principio additato nella Relazione che il procedimento sommario *è eccezionale*, onde la pendenza legittima verso il procedimento formale. Eccezionale, perchè? Perchè daremo prevalenza al metodo più lento, complicato, spendioso in grazia della maturità, sopra il più semplice e facile in grazia della celerità? Non so se l'avvenire appartenga al primo di codesti metodi, io ne dubito. Checchessia: nulla di meno arbitrario delle formalità giudiziarie, esse devono corrispondere alla natura delle cose e al proprio fine essenziale.

II.

4. Premesse queste generalità, esaminiamo la questione *se la qualità del procedimento, che supponiamo conforme alla natura dell'affare, osservato in prima istanza, continui dello stesso modo anche in appello.*

Io credo di dover dare al quesito una risposta generale, e perciò prescindo al mo-

(1) Io non so perchè non sia stato ritenuto quello vocabolo, che a noi, romani, parve classico in relazione a quello di *sommario*, appunto perchè nel processo di questo nome, in breve e quasi sommario, si condensano le modalità del giudizio. Se questo, come vuole la relazione, sia *eccezionale*, tanto più competerebbe al primo il titolo di *ordinario*. *Formale* ci dà la idea di un maggior culto della forma; ma l'antitesi sembra meno spiccata.

(2) L'articolo 558 del Regolamento romano (che io ho citato più volte con onore, poichè in molte parti avrebbe fornito ottimi esempii) descriveva in dodici numeri, con maravigliosa precisione, i titoli per cui sono sommarii i giudizi, fra i quali *le domande incidentali in qualunque giudizio*, nè mai vidi pratica meglio accertata quanto quella della distinzione dei procedimenti.

mente dal considerarla sotto l'aspetto di una domanda incidentale, il che produce una certa complicazione e difficoltà maggiore Prescindo ancora dalle dubitazioni di alcuni tribunali o Corti che non hanno fatto certamente progredire la scienza su questo punto, ed espongo la mia opinione più direttamente di quello che mi abbia fatto nel primo discorso.

Non si trova per tutto il Codice una disposizione che faccia dipendere la forma del processo *dal grado in cui si trova la istanza* (1). Invece rinvengo altre regole e principii che comprovano, almeno in massima, salve le limitazioni che veniamo a indicare, il procedimento d'appello conformarsi a quello osservato nel primo giudizio.

Prima regola che il sistema formale o sommario del processo è determinato dalla natura dell'affare, come sopra io notava. *Seconda* che la causa d'appello non è a tutto rigore che una prosecuzione della prima, o in altri termini, uno svolgimento, un ampliazione ed un rinnovellato esame del tema posto nella citazione introduttiva, che continua sempre ad esser la base di tutto il giudizio

La prima proposizione è stata abbastanza dimostrata superiormente, e non fa mestieri di altre parole La seconda è pure notoria. È per questo che abbiamo un solo appello, perchè si reputa uno il giudizio affidato a duplice esame di giudici diversi per la migliore conoscenza della verità. Per questo le conclusioni della parte attrice, deliberate nel primo giudizio, circoscrivono l'orbita della cognizione eziandio nel secondo. Per questo, dato alle prove, alle difese, alle eccezioni il maggiore sviluppo, non si ammettono in appello domande nuove nè interventi se non strettamente necessarie.

Se la legge tace, la ragione dice altamente che il procedimento che si trovò congruo al primo giudizio, perchè coerente alle vedute del Codice, e ritenuto proprio della natura dell'affare, continua la naturale sua esplicazione nel secondo grado. È già stabilito che avanti le Corti d'appello (e quindi non meno avanti i tribunali sentenzianti in secondo grado) amendue i procedimenti possono aver luogo. Non si saprebbe difatti quale influenza potesse avere la diversa sede in cui viene a discutersi la medesima controversia, e per certo fu erroneo il criterio del regolamento romano, che parve ravvisare nel giudizio d'appello una maggiore gravità per ciò solo che il secondo giudicato ha nei suoi effetti maggiore importanza del primo, essendo più autorevole. Omai questa massima parmi delle meno contrastate, e senza dubbio è delle più evidenti.

5 *Limitazioni.*

Abbiamo peraltro due articoli nel Codice, esaminati a suo luogo, il 391 e il 413 che tornano opportuni Il primo abilita il tribunale o la corte ad ordinare che il giudizio cominciato con procedimento sommario *sia proseguito in via formale, se così richiedano la natura e le particolari circostanze della causa.* L'art. 413, presso che negli stessi termini, conferisce la stessa facoltà ai tribunali di commercio. Questo è notevole 1° Perchè si dimostra che l'adozione di un modo di processo, quantunque si possa variare in corso di giudizio, non fa cadere in nullità gli atti condotti con una maniera di processo che non era naturale alla qualità della causa, 2° Perchè, sebbene non vi sia in tal caso comminatoria di nullità, scorgesi però chiaramente essere nello spirito della legge che il procedimento sia quale la natura stessa della causa desidera.

Il primo argomento verrà in acconcio nel numero seguente, intanto il secondo rileva, che il procedimento in appello non può non seguire l'ordine dell'anteriore, o quasi direi identificarsi in esso, ove sia stato osservato quello che si doveva. Così la limitazione adduce la più decisa conferma del principio dell'*unità processuale* che noi adottiamo

Ma se non si fosse tenuto il processo in relazione alla qualità dell'affare, dovrebbe nonostante seguirsi lo stesso metodo in appello solo perchè fu quello del primo giudizio?

La teoria dell'identità processuale nei due gradi non può essere fondata che in una base di ragione, perchè non vi è alcuna teoria al mondo che professi l'autorità e la persistenza dell'errore E già ne siamo ammoniti dai citati articoli 391 e 413, che ci danno l'esempio della mutazione del processo in corso di causa. Egli è bensì vero che trovasi indicato il passaggio dal sommario al *formale*, e non viceversa. È il caso più comune L'attore, in cui balìa sta per solito l'adozione della forma di procedere, sente sempre più vivamente l'interesse della celerità che quello della maturità ogni attore preferisce, quanto può, la prontezza del metodo sommario, per l'opposto si direbbe che la lentezza del formale è nella predilezione dei convenuti, che amano misurarsi a colpi meno

(1) Secondo il Regolamento romano, tutte le cause in appello si trattavano col metodo ordinario, il che produceva lungherie enormi, ed era uno de' suoi maggiori vizi.

rapidi, ed a sprigionare con maggior comodo i loro mezzi di difesa. Ma checchessia, non dubito punto di asserire, che quella facoltà che hanno i giudici di ordinare il procedimento formale a correzione del sommario, se questo fu iniziato contrariamente alla qualità dell'affare, può da essi esercitarsi in senso inverso, se così vuole la ragione delle cose.

6. I due citati articoli accennano a *particolari circostanze della causa*. In realtà nel corso di essa, nello sviluppo delle prove, la causa può presentarsi più o meno bisognevole di serio e maturo esame, o apparire più semplice e facile di quanto si ravvisò nel primo tratto, e in qualche modo cangiar d'aspetto. Fingiamo che introdotta una lite per titolo di corrisposte d'affitto in forza di un atto pubblico, il presidente del tribunale, persuaso che la causa meriti di essere trattata col metodo sommario, autorizzi la citazione a udienza determinata. Ma il convenuto sostiene che, lungi dall'essere un conduttore, egli è invece il proprietario del fondo, producendo documenti dai quali, nell'intenzione sua, apparisce ch'egli, dopo la scrittura di locazione, acquistò il fondo da chi n'era proprietario legittimo, laddove il suo avversario locando il fondo simulò una qualità che non aveva, al che l'attore risponde con altre deduzioni e documenti, onde la controversia assume una gravità inaspettata. Per le quali *circostanze della causa* il tribunale trova utile allo sviluppo della causa che si proceda col metodo formale. Il passaggio dal formale al sommario già dissi essere evento meno comune; tuttavia è possibile. È meno comune, perchè se l'attore ha prescelto, così portando la gravità dell'azione intentata, se ha prescelto, lo diceva, il procedimento formale, certo non vorrà il convenuto privarsi di questo vantaggio, nè da lui dipende, io credo, di far cangiare quest'ordine, provando e riprovando che le sue eccezioni sono perentorie e alla maggior evidenza dimostrate. Se mai potesse alterarsi l'ordine iniziale del giudizio per far luogo all'abbandono del processo formale e passare al sommario, ciò non sarebbe se non ad istanza dello stesso attore, il quale prende a mostrare *che le circostanze della causa sono cangiate*. Un esempio in proposito è questo. L'attore domandava crediti che difficilmente avrebbe potuto provare con scritture e testimonii. Il giudizio era istituito col metodo formale. Ma l'avversario si presenta ed emette una confessione giudiziale limpida e incondizionata. Visto ciò cessava la ragione di quella forma lenta e solenne; si poteva andar per le brevi, al riassumer della causa l'attore fa fissare l'udienza dal presidente, e il procedimento diviene sommario. E perchè questo? Perchè, quantunque si dica che *il procedimento formale è ordinario* e *il sommario non è che eccezionale*, contuttociò una illimitata facoltà è attribuita ai presidenti di adottare quest'ultimo per una estimazione di *circostanze* rimessa al loro arbitrio; ed all'incontro non è dubbio, come si è dimostrato, potersi dal tribunale, a più maturo esame, ordinare la prosecuzione del giudizio col metodo formale.

Appresso il lungo discorso, i seguenti corollarii possono istituirsi:

1° *Che nella vista generale della legge la diversità dei procedimenti ha la sua ragione nella qualità dell'azione e del negozio che viene a portarsi alla cognizione giudiziale*,

2° *Che lo stesso subbietto portandosi all'appello, a continuazione del primo giudizio, è logico il mantenere la stessa forma processuale, eccettochè quella che si è tenuta non si trovasse irregolare*,

3° *Che questa parte del rito intende alla comodità, alla utilità delle discussioni giudiziarie alla quale si subordina la regola stessa da cui muove, è variabile per circostanze, la cui valutazione è affidata alla rettitudine e al buon senso dei magistrati* (1).

(1) In quel benemerito giornale giudiziario, che si stampa a Milano col titolo di *Monitore dei Tribunali* (anno VIII, n. 11, pag. 242), incontro una nota alla quale, per non interrompere il discorso teorico, rispondo con altra nota. Si domanda *se gli appelli dalle sentenze rese in giudizio di espropriazione e graduazione abbiano ad introdursi col procedimento formale o col sommario*. Indi si osserva che la giurisprudenza e anche le opinioni degli scrittori variano su questo punto.

Il dubbio è sostenuto, a quanto parmi, da che l'articolo 378 pone in massima generale — *che nelle controversie sulle esecuzioni si osserva il procedimento sommario* — laddove negli articoli 703 e 723 si trova che l'appello s'introduce con citazione a termine, non fissato dal presidente, ma stabilito dalla legge con una portata abbastanza estesa per adombrare un procedimento formale.

Io ritengo il processo sommario anche in appello. La legge stessa prefigge il termine per comparire, modificando la regola generale posta nell'art. 135 — *che nel procedimento sommario la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa*. — Questo accidente nella forma del termine, a mio credere, non altera sostanzialmente l'assetto del procedimento sommario; è un *gius singolare*, onde si ottiene mag-

Prego per altro di non isolare queste proposizioni da ciò che sono per dire a spiegazione nei paragrafi seguenti.

III.

Se la osservanza del procedimento formale o sommario sia di rigore, o non dipenda anche dal fatto e volontà delle parti.

7. Il dubbio sollevato in questi ultimi tempi, e variamente risolto, come toccherò più avanti, non potrebbe ragionevolmente eccitarsi se la illegale prevalenza si fosse data al *procedimento formale* sopra il *sommario* che avrebbe dovuto osservarsi. Lasciando stare se il procedimento formale sia da considerarsi ordinario e regolare, ed eccezionale il procedimento sommario (1), è indubitato che il primo, nella sua maggiore ampiezza, porge più estese guarentigie ai contendenti. Ora perchè mai si vorrebbe annullare il processo? Quale motivo d'ordine generale si potrebbe allegare, quale sarebbe l'interesse della legge da rivendicare con una dichiarazione di nullità? Io sento quanto importi al governo delle contenzioni giudiziali la inviolabilità del rito, sul quale argomento gravissimo ho esposte all'occasione le mie piccole vedute, e qualche altra cosa aggiungerò più avanti, essendo tale materia che non si può dir troppo. In molti casi la legge tutela i litiganti dalla propria inconsideratezza, e modera i pregiudizi che potrebbero derivarne; ma sarebbe assurdo che quando essi, d'accordo, si giovarono di quelle maggiori garanzie che la giustizia desidera nei casi più gravi, il processo così condotto dovesse annullarsi onde respingere le parti per amore di brevità a quei metodi compendiosi che sono ordinati nell'interesse economico più presto che in quello della giustizia.

La ragione del decidere non sarebbe del pari manifesta nel caso inverso, intendo del transito irregolare *dal procedimento formale al sommario*.

Ciò conduce ad osservazioni più generali.

La questione è viva di attualità, perchè la legge ha avuto il torto di non spiegarsi chiaramente, e quindi si è costretti d'invocare la soluzione del dubbio dalla ragione. Non è a maravigliare se le opinioni non suonano concordi.

La Corte d'appello di Milano, in una sentenza del 1° agosto 1866 (*Monitore dei Tribunali* anno VII, n¹ 36 e 37, pag. 856) parve professare, essere rilevabile anche d'ufficio la nullità di un procedimento istituito in modo diverso da quello che la legge prescrive, comechè senza opposizione o col consenso dell'altra parte. Ma è d'uopo avvicinarsi alla specie di fatto.

Nel 1863 *T.* aveva citato *D.* per il pagamento di una somma, e la causa era stata trattata in via formale. Il convenuto propose per incidente una prova testimoniale, incidente che fu portato a udienza fissa, e risolto con sentenza che ammise la prova. *D.* appellò da questa sentenza alla corte di Milano. La corte ritenne che il convenuto dovesse provvedersi in via formale, e ciò perchè non verificandosi l'incidente nella causa pendente avanti la stessa corte d'appello, ma appartenendo al giudizio precedente, discusso in via formale, non si poteva procedere in appello che in via formale. Come ognun vede, in questa decisione si racchiude un'altra questione intorno al modo da tenersi appellando da sentenza incidentale; esame che riserbo al paragrafo seguente. Ritenuto che il metodo regolare a tenersi era il procedimento formale, la corte disse che doveva considerarsi come nulla la citazione a udienza *fissa* che l'appellante presentava.

La introduzione di un giudizio sommario, *non autorizzato dal presidente*, poteva essere un motivo di nullità nel modo di vedere della corte, ma parve prevalente quello da essa espresso colle seguenti parole: « Che per la « riparazione della reclamata sentenza, sebbene proferita incidentalmente, non rimaneva *alla parte che di provvedersi coll'appello in via formale*, a senso degli art. 155 « e 486 del Codice di procedura civile (2) ».

Posto che formale doveva essere il procedimento, la corte discese ad un'altra considerazione, che riguarda il tema: « Considerato « che *sebbene le parti abbiano concordemente* « *reputato regolare la detta citazione*, pure, « involgendo essa un vizio manifesto di procedura, *era debito del giudice di farlene carico trattandosi di legge d'ordine pubblico*,

gliere uniformità nell'appello in fatto di giudizi esecutivi, congiunta ad una certa comodità, il qual termine però, in circostanze urgenti può subire l'abbreviazione permessa dall'articolo 154.

(1) Mi sono permesso di non convenire in questa distinzione, perchè la ragione deve trovarsi in codesto subjecto e non in uno diverso: entrambi i procedimenti hanno la loro ragione di essere nella convenienza di applicare piuttosto l'uno che l'altro a distinti generi di affari.

(2) Se questo sia vero, vedremo nel seguente paragrafo.

« ed alla cui osservanza deve vegliarsi d'uf« ficio, ecc. »

Intanto altre decisioni andavano spuntando in senso opposto. La intelligente Direzione del *Monitore* ci dava nello stesso numero una sentenza del tribunale di Ariano, che farebbe onore a qualunque più elevata magistratura. Essa professò nel modo più assoluto la facoltà delle parti di procedere coll'uno o l'altro dei due metodi proposti dalla legge. Vero è che nel caso pratico trattavasi di sancire la validità di un processo formale adottato d'accordo in luogo del sommario che avrebbe dovuto applicarsi alla qualità della controversia. La corte di Brescia andò in sentenza conforme. Intorno a questo soggetto si leggono nel *Monitore* interessanti lavori del chiarissimo avvocato Scotti.

In questa ricerca, se l'applicazione del procedimento indicato per una data qualità di controversie sia così rigorosamente prescritta che il consenso e il contratto giudiziale non siano sufficienti a sanare la irregolarità, non si mette in dubbio, che seguendo piuttosto l'uno che l'altro metodo non siano da osservarsi le forme che a ciascuno ordinamento sono divisate. Io lo accenno perchè più avanti dovrò toccare di un'altra questione che appartiene alla singolarità della forma, del che ora non mi occupo. Io penso che sarebbe un errore predicare in questa materia una *massima assoluta*, e convertire una *questione d'interesse* in una *questione di principio*.

Se è vero, come credo aver dimostrato, che sarebbe cosa ripugnante alla ragione annullare un processo mantenuto con reciproca adesione delle parti in via formale, quantunque l'attore avesse potuto promuoverlo per via più spedita e più pronta, con ciò pure è genericamente dimostrato che la divisione e separazione del procedimento non è fondata nella essenza costitutiva del diritto giudiziario, come quella delle giurisdizioni. Se gli argomenti che sogliono adoperarsi per vincere la difficoltà inerenti al problema non risolvono anche l'altro del transito inverso dal formale al sommario, provano almeno che non sono ad invocarsi principii di supremo rigore.

Il legislatore ci ha condannati a queste disquisizioni per non avere pronunciato una parola ch'egli solo poteva, ma col soccorso di alcune nozioni relative, delle quali abbiamo fatto cenno in altra parte di questo discorso, possiamo farci questo concetto. 1° Che in effetto la divisione delle materie è tutt'altro che contrassegnata con precisione nel Codice. Che anzi non si saprebbe quali fossero i subbietti pertinenti al procedimento formale e quali al sommario, se non fosse statuito con ampiezza illimitata il presidente del tribunale o della corte potere *ordinare il procedimento a udienza fissa*, quanto dire autorizzare quando e come a lui piaccia il procedimento sommario. In confronto di tanto arbitrio dove ne andrebbero i principii, le prescrizioni inviolabili, le regole di rigore? 2° L'altro argomento già enunciato è tolto dagli articoli 391 e 412 della procedura.

8. A che dunque si riduce la questione? Al sapere se il presidente abbia stimato bene di concedere una citazione a udienza fissa. Siamo dunque perfettamente in una questione di *opportunità* e di *convenienza*. Se essa si elevasse sino alla proporzione d'una questione d'ordine pubblico, l'arbitrio di un magistrato singolare, con atto stragiudiziale, non potrebbe davvero disporne.

Ma qui si badi di non esagerare. Intanto dalla posizione della tesi scaturisce spontaneo, che le parti possono dimostrare e richiamare il giudice a mantenere quella forma di procedimento che è più consona alla natura della controversia. Noi supponiamo il consenso, l'accordo di fatto; in parole anche più tecniche, noi supponiamo il *contratto giudiziale*, come *resplogeremmo* qualunque altra statuizione *a priori*, colla quale si fosse convenuto che la controversia sarebbe trattata piuttosto coll'uno che coll'altro rito.

Vi ha di più. Vi ha di mezzo anche l'interesse della giustizia, e di questo deve ben tenere calcolo il tribunale. Il magistrato ha in tutto ciò una podestà legittima, una podestà di cui deve far uso prudente. Cito ancora come prova luminosa gli articoli 391 e 412, i quali richiedono nello stesso tempo la dimostrazione che *gli atti qui prescritti sono validi* e somministrano al magistrato, *secondo le circostanze*, ordinare una procedura più estesa e più conforme ai bisogni o preesistenti o sopravvenuti della causa.

Io fermo essere logico che quale fu tenuto nel primo giudizio, tale debba seguirsi il procedimento in appello; ma *suppone la sua regolarità*. Se la parte che aveva un interesse contrario vi prestò adesione, quel processo non potrà annullarsi, ma la corte d'appello potrà in tal caso ordinare la osservanza di quello che è più regolare, o le parti potranno introdurlo, e allora avrà luogo la differenza del metodo in appello.

—

VI.

Della natura e costituzione delle domande incidenti.

9. La citazione introduttiva della lite ne propone l'oggetto e chiede una decisione conforme. Ma di sovente prima di emettere la decisione definitiva convien risolvere delle questioni subalterne, *risolte le quali, la causa non rimane decisa*. Sono queste le vere e proprie questioni incidenti.

Anche nella procedura, come abbiamo tante volte detto, le cose hanno la loro ragione di essere in se stesse, e non dipendono dalla forma che è la loro veste, la quale male applicata si lacera. Qualunque sia il modo della domanda, qualunque sia il modo della risoluzione, o per ordinanza o per sentenza, vi è una domanda incidente e una risoluzione incidente quando non è definitiva del giudizio, ma la precede, abbia o no colla decisione futura un rapporto diretto, come verrò spiegando.

Sogliono chiamarsi confusamente incidentali tutte le contestazioni che hanno causa e radice, e a dir così rampollano da una questione principale, e che non *implicano la decisione di essa questione principale*, talvolta perchè non sono che conseguenti dalla stessa decisione principale. Ma io credo non essere, nè volersi veramente chiamare *questioni incidentali che quelle che cadono di mezzo ad una questione principale* (incidunt), *e non hanno per oggetto immediato e diretto la risoluzione definitiva della lite*.

10. Questi incidenti veri e propri sono di tre forme precipue, e possono chiamarsi: 1° *incidenti probatorii*, 2° *incidenti conservatorii*, 3° *incidenti processionali*.

Incidenti probatorii.

Hanno per oggetto *di aggiungere al processo elementi che dovranno influire sull'esito finale della lite*. Codesti elementi che si vogliono aggiungere sono di *cose* o di *persone*, riguardano mezzi di prova, o riguardano persone che non erano in causa e vi sono chiamate, o spontanee intervengano a far parte del giudizio. Tutto ciò spetta all'ordine della difesa, e sono appunto mezzi di difesa che s'interpongono nel processo pendente sotto forma di incidenti (1).

Incidenti processionali.

Mentre si disputa della proprietà e possesso di acque fra limitrofi e va intanto in confusione ogni cosa, si domanda in via provvisionale un regolamento onde soccorrere all'urgenza delle circostanze.

Incidenti di nullità relativi agli atti della lite, questioni subalterne d'ogni maniera che attaccando alcune forme del processo, non involvono la decisione della lite.

Ma altre domande che portano questo nome non sono vere incidentali, e si distinguono in due classi: istanze che *suscitano eccezioni perentorie*, o tali almeno che tendono a far crollare o trascinare con sè l'azione intentata; ed altre che chiameremo postume, ossiano *posteriori al giudicato*, in quanto si aggirano e versano *sull'esecuzione* o *fatti esecutivi delle sentenze*.

11. Scorriamo alcune pagine del Codice per trovarne gli esempi. Eccone alcuni della prima specie.

a) *Eccezioni d'incompetenza.*

Ne troviamo indicazioni negli articoli 145, 187, 188, 189, 456, 459 (2), e possiam pensar tanti casi quante si propongono eccezioni di competenza o radicale o relativa.

b) *Eccezioni di nullità.*

Il Codice ne discorre in tanti luoghi (articoli 190, 195, 695, 698, 701, 707, ecc.

c) *Eccezioni di perenzione* (art. 338, 339).

d) *Decadimento dall'appello o diritto di appellare* (articoli 466, 489).

Siffatte eccezioni, come ben si vede, mirano a far cadere l'azione appellatoria, ad impedire il proseguimento della lite, a troncare il giudizio. È possibile opporre tutti questi mezzi senza istanza o citazione, e niuno allora potrà restare in dubbio sulla loro natura meramente difensiva, ma in ogni modo esse battono direttamente e si direbbe, in breccia, l'azione; il loro oggetto non è di aggiungere elementarmente al processo per far emergere nuovi mezzi proficui alla difesa, o favorevoli allo sviluppo dell'azione, tendono immediatamente a far cadere il giudizio.

e) *Separazione di proprietà e diritti in giudizio di spropriazione* (articoli 699, 700).

Simili domande sono dette *incidentali* nell'articolo 701 (e non escludo altre di questo genere) e non se ne può dissentire in quanto nascono in occasione di una domanda princi-

(1) L'addizione delle persone ha per essa in scopo della difesa, o per sostener con maggior forza le ragioni propugnate o per ritrarne le garanzie, ecc.

(2) In alcuni dei quali articoli si parla d'*incidente di competenza*, come noteremo più avanti.

pale, non si reggono per giudizio proprio, e s'intromettono in altro che si trova già pendente. Nondimeno il *carattere definitivo* di tali domande, checchè si vada dicendo in articoli che non si rannodano punto a principii ben definiti dal Codice, il carattere definitivo, lo diceva, di tali giudizi, si appalesa nel loro oggetto, che è di trasportare o rivendicare parte della sostanza oppignorata, o anche di assorbirla interamente nel diritto di proprietà.

Passiamo all'altra categoria.

Qui saremo più brevi. L'articolo 570 parla in genere di *controversie sulla esecuzione delle sentenze*, campo esteso, nel quale molteplici e senza numero possono presentarsi le disputazioni; ma quantunque originate da una lite principale che è giudicata, sfuggono alla denominazione d'istanze incidentali e costituiscono infine domande proprie e sostanziali.

Quelle che l'articolo 570 appella *controversie d'esecuzione* sono per certo altra cosa dal l'*esecuzione stessa* o *atti esecutivi* che vengono in conseguenza e adempimento delle sentenze, come possono venire da altri titoli esecutivi, i quali stanno come giudizi propri che non hanno più rapporto disputabile col titolo che è la loro sorgente, e da cui discendono. Giudizi nei quali istanze subalterne, riparative, provvisionali, entrano di più maniere, ma non risalgono mai all'ufficio del presidente, e si determinano quasi sempre dal giudice locale, giusta le provvisioni della legge nei singoli casi.

V.

Intorno all'applicazione del § 181 e del processo sommario.

12. La moderata iniziativa del presidente non potrebbe spingersi senza esagerazione a regolari istanze che, abbracciando tutta la importanza della lite, appartengono interamente ed esclusivamente al collegio giudicante.

E per una eliminazione ulteriore e non inutile a dichiararsi, faccio qui osservare che vi hanno anche tali mezzi di prova che sfuggono alla iniziativa presidenziale, *per cui il motivo di semplicità, di opportunità, di speditezza* che mosse il legislatore a quel temperamento (o non bene apprezzato o essenzialmente difettoso), non poteva ripetersi in altri casi, e questi sono, per esempio, le *istanze per verificazione di scritture*; la *querela di falso*; gli *accessi giudiziali*, di cui il collegio soltanto può conoscere la convenienza. Ecco dunque anche una categoria d'istanze, indubbiamente incidentali, sottratta all'articolo 181.

13. Un'altra ricerca ancora a spiegazione di questo ormai celebre articolo.

Anche nei casi che vi sono inchiusi, non si producono talvolta istanze incidentali allo stesso collegio, anzichè al presidente? L'articolo 206, posto a capo nella sezione che s'intitola *Delle prove*, scrive molto chiaramente: « Per l'ammessione di qualunque mezzo di « prova devono provvedersi nel modo stabilito « per gli incidenti ». Con ciò pare introdotta una grande uniformità. E tuttavia non si fa sempre, e valgono gli esempi or ora addotti di *verificazione di scritture*, ecc., quantunque sia questione di prova. Qui la limitazione dell'art. 206 è insita nel carattere obbiettivo di questo ed altri mezzi di prova, *non suscettivi di transazione*, non soggettabili alla pacifica autorità del presidente, ed essenzialmente contenziosi.

Questa limitazione fu già notata, una parola diremo dell'altra. Non è raro che nel vario atteggiarsi dei giudizi la questione della prova (testimoniale, giuratoria, ecc.), scoppi a così dire nel corso calandro di una causa formale, e costituisca uno dei punti principali del dissenso delle parti. Si può a rigore di diritto ammettere la prova testimoniale, ostando, supponiamo, la quantità della somma o la forza contraddicente di un atto pubblico? Se tale essendo la questione il tribunale s'impadronisce di questo articolo di controversia e lo decide, è ben semplice a dirsi che in simile stato di cose, non sarà luogo a riassumere la procedura preleduta dall'articolo 181.

Finalmente, quantunque le domande *per procedimenti conservatorii e interinali* (articolo 389, n° 3) siano del più perfetto ordine incidenti, tuttavolta *non sempre* sono da proporsi all'autorità presidenziale.

E con ciò non escludo che talvolta non possa o debba presentarsi la domanda al presidente, dato che la parte che promuove l'incidente *sia quella che vuole o deve prestare la cauzione o qualche altro fatto provvisionale*, per ottenere certi utili effetti onde occorre adempire a certe prescrizioni, e allora si rientra nel campo delle prove (1). Del resto la

(1) Una esecuzione provvisoria accordata sotto cauzione. Si deve esibire un atto di cancellazione ipotecaria onde svincolare il prezzo, oggetto della lite? Messo l'incidente di ammissione di questo atto avanti il capo del tribunale, l'altra parte può convenirne, e l'incidente non ha seguito: ha avuto il suo effetto.

domanda processionale e interinale abbracciando la sostanza e la ragione della lite, sfugge pur essa ad un previo esame e determinazione del presidente. Tornando un momento all'esempio addotto al precedente § 4, se in un giudizio di proprietà ed uso di acque (esempio che si può variare all'infinito) si domanda un regolamento provvisorio, ciò ha una relazione inevitabile col fondo della questione, dipende dalla cognizione dell'intero collegio, non resta nulla a vedere col signor presidente.

14. Riassumendo le varie osservazioni su questa materia, diremo rimanere razionalmente estranei alla disposizione dell'art. 181:

1° Gli incidenti terminativi o di indole perentoria: quelli, intendi, che sollevano eccezioni ammesse le quali la lite ha fine;

2° Gli incidenti che versano sulla esecuzione delle sentenze, o interessano processi esecutivi soggetti a leggi speciali;

3° Fra gli incidenti propriamente tali, sfuggire all'articolo 181 quelli che o s'intrinsecano col merito, di maniera che non hanno ragione di passare per l'organo di un giudice singolare, o non concernono che atti dell'intero collegio ch'esso soltanto può sciogliere;

4° Quegli stessi incidenti di prova che, entrati nella discussione sulla causa con altri dei punti di contesa, sono definiti in massima dal collegio;

5° Generalmente parlando, meno qualche caso speciale nel quale l'intervento del presidente potesse tornare opportuno, gli incidenti di provvisionali o interinali risoluzioni.

15. Da tutti questi ragionari molto discorda l'articolo 180, il quale dice che « le questioni « di competenza e declinatoria del fôro sono « proposte e giudicate *secondo le norme stabi- « lite per gli incidenti* » (1).

Chi vorrà riandare le parole che io scrissi intorno a questo articolo vedrà che io non gli usai indulgenza, e davvero non ne merita. È difficile a comprendere che istanza si farà al presidente, e cosa dovrà aspettarsi da un rescritto di presidente, in una questione di competenza, specialmente per ragion di materia!

Ma giacchè quell'articolo nel Codice esiste, io penso non poterglisi dare altro senso, fuorchè *si fa destinare dal presidente la udienza nella quale la questione si tratterà al modo degli incidenti*, cioè in una forma spedita e sommaria.

E pare veramente che il precipuo scopo di quel passaggio dal presidente al tribunale al quale ogni menoma controversia incidente finalmente ricade) sia quello di rilevarne un'autorizzazione di procedere sommariamente nell'incidente medesimo.

Con questa interpretazione noi possiamo discendere sopra un terreno ove l'intenderci, io credo, non sarà difficile.

16. Varie e distinte sono le funzioni attribuite al presidente negli articoli 181 e seg.; 1° ammettere la domanda incidente e ordinare la esecuzione se le parti sono d'accordo; 2° risolvere le domande urgenti con diritto di reclamo; 3° fissare l'udienza per discutere l'incidente se non si fa accordo delle parti.

Assai limitati sono i casi, come abbiamo provato, nei quali è veramente utile e razionale il ricorrere innanzi tutto alla sua autorità, ma estesa, può dirsi illimitata, è la facoltà di abbreviare i termini e di *autorizzare il procedere sommario in mezzo ad un processo formale*. Ciò posto, in molte contingenze si ricorrerà a lui, presidente, soltanto per avere tale permesso (2), e da questo lato si manifesta la utilità di questo istituto.

In effetto, facendo ragione della pesantezza e lunghezza dei procedimenti formali, il legislatore ha veduto che avrebbe giovato *dare al capo del magistrato una facoltà per la quale si potesse imprimere un moto più pronto e accelerato a certe questioni secondarie*. Quegli egregi adunque che osservarono non aver luogo l'attributo presidenziale che nel rapporto dei *giudizi formali* dissero bene, ma forse non avvisarono che ciò venne stanziato per limitare il soverchio delle forme, e trovar via di portare le questioni subalterne a udienza fissa, *quanto dire applicare ad esse il metodo sommario*.

Vero è che istruendosi un processo sommario, l'udienza fissa e stabilita, alla quale si passerà mediante il ruolo di spedizione (articolo 390), ed allora si ha molto meno bisogno dell'articolo 181. Tuttavia può tornare utile, può servire ancora ad alcuni degli scopi per cui fu creato. Prima di proporre un interrogatorio alla discussione in publica udienza, senza consumare il tempo che si richiede per arrivarvi, una stragiudiziale istanza al presidente può tagliar via la questione; la parte contraria interpellata ammette, ed è cosa finita. Così diremo di molti altri casi (3).

(1) Aggiungi articolo 192.

(2) [illegible] per *incidenti impropri*, sui quali [illegible]

(3) [illegible] altro. Si deve chiamare in causa un dep[illegible] e introdotto un incidente di comp[illegible] di documenti [illegible] a portare il

Non ripugna adunque alla natura di quell'istituto di affigliarlo ad un processo sommario, del quale invero ritiene in se stesso il più evidente carattere. E non si potrebbe infatti sottrarre alla disposizione generale dell'articolo 392.

Gli *incidenti* non sono una creazione arbitraria della legge. Se con una decisione sola potesse finirsi qualunque istanza, quale fortuna! Ma non vi ha sistema di una costruzione così semplice e di una mozione così facile che da questo arcipelago possa sfuggire. Tutto ciò che concorre alla celerità e semplicità è accettevole nei procedimenti sommari.

17. Nell'opera periodica che si stampa a Firenze col titolo *Annali di giurisprudenza italiana* sotto gli auspici di valentissimi giureconsulti, una nota a pagina 36 (anno 1867) ci avverte correre tre modi diversi d'interpretazione. Il *primo*, essere lasciato in facoltà di proporre gli incidenti alla udienza (Tribunale di Messina 31 gennaio 1866, *La Legge*, num. 25). Il *secondo*, doversi esclusivamente portare gli incidenti all'udienza (Corte di Palermo, 6 aprile 1866, detto Giornale, num. 54). Il *terzo*, essere necessario ricorrere al presidente, e in seguito del rinvio farsene la domanda alla udienza (Corte di Lucca, 7 aprile 1866).

Porremo immediatamente da banda il terzo sistema. È della natura del procedimento sommario che la causa sia portata all'udienza, ed ivi si tratti ogni questione e incidente e principale. Quindi per due fortissime ragioni non può essere obbligatorio nei procedimenti sommari l'esercizio dell'articolo 181. *Primo*, perchè, generalmente parlando (1), le domande incidenti possono esporsi anche in via di comparsa. Per comparsa si può opporre una eccezione d'incompetenza; si può proporre una domanda testimoniale, un giuramento e via discorrendo. Quale vantaggio si avrebbe facendo il giro dell'articolo 181? *Secondo*, perchè il presidente adito nella forma di giudice singolare non potrebbe nulla di meglio di quello che ha fatto come capo del tribunale, accordando la trattazione della causa in via sommaria, con abbreviazione di termine. *Dal non essere obbligatorio* non deriva che l'incidente debba portarsi di tratto alla udienza e sia incompatibile l'esercizio dell'articolo 181, come ha detto la corte di Palermo. Non è obbligatorio, ma facoltativo. Il vero sistema sembra quello adottato dal tribunale di Messina. *L'applicazione dell'articolo 181 è possibile ai giudizi sommari*, può *essere utile* per le premesse avvertenze, *ed appunto per l'utilità che arreca essendo invocabile* si offre come un benefìcio al quale si può rinunziare.

Poichè siamo su questo pendio, diciamo qualche cosa degli incidenti avanti i pretori. Non solo le *difese*, ma altresì le *domande*, nelle quali si comprende ogni specie d'incidente, si fanno o per memoria scritta o verbalmente alla udienza. E il pauroso apparecchio degli incidenti sembra già sparire perchè non si veggono uscire altro citazioni, e la malleabile procedura pretoriale si presta alla maggiore economia di tempo.

VI.

Se interposta appellazione da sentenza di un tribunale che giudicò una questione incidente in giudizio formale, sia da osservarsi in secondo grado il procedimento formale, ovvero sommario.

18. Non avrei creduta possibile la questione, onde nel commento tacqui appunto per difetto di previsione. Ora si è veduta sorgere con qualche vivacità, e da pregevoli scrittori e magistrati sono uscite opposte sentenze (2).

Motivo di dubitare è questo. La questione incidente che si tratta in appello, nacque in seno di un procedimento formale e origina da esso. Come parte di quello, non può assumere una diversa natura passando in appello. Nè vale che quell'incidente fosse trattato colla forma scritta nel Codice, articoli 181 a 186, poichè dall'abbreviamento dei termini ch'ebbe luogo, non si può inferire che il procedimento anche in quella parte abbia cessato di essere formale (1).

Io mi apersi la via alla soluzione del quesito laddove nel precedente num. V mi feci a mostrare, che *la procedura degli incidenti condotta secondo le norme degli articoli 181 e seguenti, riesce in una particolar forma di processo che ritiene tutti i caratteri del som-*

[illegible] ..., la udienza ... [illegible] ... istanza al presidente ... [illegible] ... [illegible] ... [illegible].

(1) Il senso pratico ... procuratore vedrà in quali casi gli convenga ... [illegible] ... incidenti per memoria ... [illegible]

[illegible] ... in tutti i casi.

(2) *Monitore dei Tribunali* [illegible] ... [illegible] ... *La Legge*, [illegible] ... *Gazzetta del Procuratore* ... [illegible] ... che si stampa in Napoli ... [illegible] ...

marne. Il legislatore è ricorso a questo espediente affinchè la questione incidentale non percorresse, come altrimenti avrebbe dovuto, il penoso tragitto che, camminando di fianco al merito, l'avrebbe finalmente recata alle conclusioni definitive, e da ultimo all'udienza per mezzo della istruzione scritta. Veramente fra il procedimento formale e sommario corre una differenza duplice nel tempo, che in questo a gran tratto si abbrevia, nella costruzione del processo, che nell'uno si svolge scritturalmente e ad certo punto si chiude e diviene immutabile, nell'altro corre sciolto all'udienza ove si forma e si compie colla discussione. *Medium genus non datur*, e chi guarda attentamente i citati articoli, vede che un modo di procedere sommario è adottato nelle questioni incidentali.

Non bisogna dimenticare che il giudizio incidente, nascendo entro un processo formale e in esso dovendo svolgersi come un suo portato, impone certe speciali norme che tendono ad armonizzare il suo corso colla procedura in cui è contenuto, e in questa parte può dirsi che tiene qualcosa del formale (articolo 184). Ma è facile vedere che ciò non ne immuta l'indole essenziale, cioè sommaria, non essendo formale, e non potendo essere di un terzo genere, cosicchè liberandosi dal suo contenente e quasi sprigionandosi in appello a vita libera e propria, ciò che serba è appunto la sua indole essenziale, deposte quelle qualità secondarie che l'accompagnarono per semplice relazione a quello stato di cose.

Il giudizio di appello, quale prosecuzione del primo, mantiene la stessa forma di procedere (Vedi sopra al num. 111). Autorizzata la proposizione dell'incidente dal capo del tribunale, non occorre in appello una ulteriore autorizzazione (1).

Egli è vero che il procedimento sommario nel sistema del Codice si fa emergere meno da caratteri intrinseci e propri, che da note estrinseche, cioè dalla determinazione della *udienza fissa*, che è molto empirico. Peraltro dice l'articolo 390, che codesta determinazione *o è ordinata dalla legge, o è autorizzata dal presidente*. Molto importa ritenere questa duplice sorgente del processo sommario, mentre, supponendo che nell'appello dalla sentenza incidentale la citazione non fosse stata segnata dal presidente d'appello, ma fosse proceduta nel termine ordinario, non sarebbe e non può essere ostacolo una volta che la logica giudiziaria ci faccia debito di continuare la causa con quello stesso metodo con cui fu già trattato in prima istanza, e, che più vale, con quel metodo che è proprio della qualità del giudizio.

Io credo potersene anche ricavare una conferma dai disposti degli art. 703 e 725. Niun dubbio che appellandosi da sentenze pronunziate in processo esecutivo, debba seguirsi anche in appello la via sommaria. Da quegli articoli si rileva il termine stabilito dalla legge per la comparsa in appello. Ancorchè non intervenga l'opera del presidente d'appello che autorizzi l'ordine sommario, esso è mantenuto dall'indole stessa del giudizio (2). Ciò essendo di una certezza positiva, può aversene riprova *della sussistenza di un procedimento sommario che non abbia avuto in preambolo la segnatura del presidente*.

Uscendo dalle sirti della procedura, leviamoci alla ragione della legge. In tanta prodigalità di appellazioni, che sarebbe se ogni questione incidentale dovesse trascinarsi in appello per le lungherie di un giudizio formale? Si risponderà che il presidente d'appello può troncare gli indugi colla sua autorità. Se può concedere, può anche negare. Supponiamo che il presidente neghi ciò che si dovrebbe concedere. Non vi sarà nella legge, non vi sarà nell'autorità del collegio un'autorità sufficiente per bilanciare quella del presidente, per correggerne l'errore? Chi può dubitarne? Non è dunque un potere necessario, indispensabile, quello del presidente, il suo ufficio è cooperativo in ogni caso, è discrezionale nei casi dubbi a fronte di circostanze di fatto, ma può essere surrogato da una legge, da un principio, quando con esso possa giustificarsi l'indole sommaria della causa.

---

(1) Con che mi accordo pienamente colle osservazioni del chiarissimo avvocato Scotti, riportate nei suddetti numeri del *Monitore*. Mi è grato in quest'occasione ricordare altri nobili lavori, come quelli dell'egregio avvocato Maurizio Martini, modestamente intitolati *Studi intorno la riforma del processo civile*, degni per tanto senno e tatto di opportunità.

(2) La stranezza sarebbe più sensibile qui che altrove, se un giudizio esecutivo per carattere giuridico e per logica efficienza sommario, fosse per rinascere in appello formale, solo perchè il presidente non potè o non volle o non doveva firmare la citazione.

Seguono le seguenti aggiunte della seconda edizione.

–

Sul processo formale e sommario e sugl'incidenti.

La giurisprudenza e nuove difficoltà che vidi svilupparsi ad ogni passo, mi richiamarono la terza volta sullo stesso argomento già lungamente trattato. Esitai sul ristampare queste addizioni, o abbandonarle. Vi hanno ripetizioni inevitabili, tuttavia nella scienza il ripetere non è un difetto come in letteratura, non è bello, ma giova: qualche nuova idea credo ci sia, infine, lettore mio caro, non sei obbligato a leggere.

Io ho fatta la rivista delle mie idee con quella diffidenza che debbo avere di me stesso malgrado l'attenzione scrupolosa che soglio portare nelle mie proposte. Mi chiamo ancora convinto che i principii da me enunciati su questa materia sono positivi, e dopo aver ben riflettuto su quanto scrissero pratici accortissimi, e decisero rispettabili magistrature in questo andar di tempo, confido di poter venir rispondendo alle difficoltà nuove, se ce ne sono, coll'aiuto degli stessi principii.

I.

È una combinazione singolare, propria di questo sistema, che non possa discutersi sulla ritualità del procedimento formale o sommario senza trascorrere sul terreno degli *incidenti*, specialmente ed esclusivamente sistemato per il formale. Veggo poi le maggiori difficoltà dell'uno o dell'altro procedimento cadere d'ordinario nel passaggio della causa in appello. E così sorge un problema complesso, dipendente 1° dall'ufficio e funzione propria ed oggettiva dei singoli procedimenti; 2° dal carattere che assume il giudizio nella sede di appello; 3° dal carattere che mantiene l'incidente sostanzialmente verso il giudizio del quale è istrumento e mezzo, e ritualmente verso le due forme principali del processo, delle quali sembra quasi un medio genere.

Una parola ancora sulla essenza dell'incidente formolato con tanta novità, con sì lodevole scopo, e con sì poca fortuna nel Codice italiano.

Il Codice non ha creduto di dare alcuna definizione dell'incidente; e ne lascia il cômpito alla scienza. Giova sperare di averne detto quanto basta nel discorso precedente abbastanza diffuso, che fa parte del nostro primo lavoro. Ciò che preme tener ferma è la eliminazione che siamo venuti tracciando intorno al concetto del *giudiziario incidente* in generale, e rapporto al nostro sistema in particolare. Preme ed è importantissimo onde non attribuire a questo § 3 (Sez. I, Cap. I, Tit. IV, Lib. I) una portata troppo superiore a ciò che è e può essere un incidente risolubile da autorità presidenziale. Per essere *incidente* nel senso di questa legge egli è d'uopo che la questione sia suscettibile di un processo a parte, di una decisione a parte da quella del merito. È mestieri di questa sostanzialità, altrimenti non è che merito, e con esso si riunisce di sua natura e si confonde: così la eccezione di prescrizione di cosa giudicata, di perenzione di istanza, di rinunzia alla lite, ecc., sono controversie relative al merito, ma è ben chiaro essere *incidenti* quelle che tendono a stabilire una prova, che hanno pure un merito proprio e subordinato, ed uno scopo mediato; intorno alle quali si disputa, sulle quali possono nascere sentenze distinte ed appellabili; per le quali un separato processo può ordinarsi (1).

Le controversie incidentali di cui parliamo non sono per le sole cause formali, ma eziandio per le sommarie, sono fatti naturali di ogni causa. Il Codice però non vi accenna, nè se ne occupa che rispetto ai giudizi formali. E ciò per la ragione che nella maggior latitudine dei giudizi formali ha potuto anche dare a questo processo una certa larghezza, come si appalesa per l'articolo 184. Non avrebbe potuto farlo, non ci sarebbe stato luogo, nei rapidi procedimenti sommari; ove tutto, incidente e merito, passa all'udienza.

II.

In altre procedure la domanda incidente serbava sempre la sua natura distinta che poteva percepirsi per la traccia che lasciava, per così esprimermi, dietro di sè attraverso il processo. Ora questa traccia si appalesa e si vede scolpita nel procedimento formale, perchè si propone con atto di citazione in luogo della banale comparsa; perchè se non

(1) Si considerano pure incidenti le questioni d'incompetenza e declinatoria del fôro *per il modo di proporle e giudicarle* (articolo 190), sulla nullità degli atti (articolo 192), le questioni relative all'intervento (articolo 204), ecc.

si tronca sul momento con un accordo, e per senno del presidente non vada a dirittura a congiungersi col merito per discutersi ad un tempo, ha virtù di sospendere il merito stesso, e compendia in sè in una scala più ristretta, e in proporzioni minori la forma tipica del giudizio formale (articolo 183).

Del resto due scopi conviene riconoscere a questo istituto. L'uno è quello della conciliazione, e deve ritenersi secondario, l'altro, inaugurare la procedura incidente, e questo reputo il principale.

Lo scopo della conciliazione si crede secondario per ragioni che dissi anche nella breve chiosa all'articolo 181, essendochè una conciliazione che si apre sopra un punto di questione, e non propriamente sulla lite, non può avere che una importanza di second'ordine; e perchè vi hanno vertenze incidenti sulle quali non si può transigere, come sarebbe quella di incompetenza per ragione di materia o valore. Ma l'altro scopo si raggiunge: il presidente destina l'udienza, detta una procedura brevilоqua, ma sufficiente per discutere l'incidente con una certa comodità; vi hanno termini a produrre documenti, conclusionali scritte, e speciale discussione all'udienza sul medesimo incidente.

Si rileva in sostanza essere questo un organismo ideato per dare una certa indipendenza al processo incidente, semprechè il tribunale o la corte non ravvisi la convenienza ch'esso proceda di pari passo col merito, nel qual caso lo riunisce al merito; e il processo si fonde in un solo.

III.

Nel presidente non bisogna ammettere che una iniziativa (eccitata, s'intende, non spontanea) ne ha l'autorità come capo del collegio, ma non è il collegio. Egli non giudica l'incidente che è portato avanti di lui, ma può apprezzarne la relazione col merito della causa pendente avanti il collegio. Rimettendo l'uno e l'altro alla discussione, la impone alle parti; ma il collegio è libero ancora di separare quegli enti, anzi deve farlo ogni volta che dà luogo ad un incidente di prova per cui il merito rimane sospeso. Libero è pure di riunire ciò che il presidente mantenne separato; con che si riprende o si svolge nella sua ampiezza il processo formale, trattandosi insieme l'incidente e il merito.

Questo avviene, o può avvenire, quando si arriverà alla udienza del tribunale fissata dal presidente in modo calcolato, onde ci sia tempo 1° per notificare la ordinanza ai procuratori contumaci (cioè a quelli che non furono presenti al placito presidenziale); 2° per iscrivere la causa in ruolo, ed estrarla per la pubblicazione o affissione (termine abbreviato); 3° per notificazione reciproca delle comparse conclusionali (articolo 184).

IV.

La corte di cassazione di Torino, nel 24 agosto 1867 (*La Legge*, detto anno, p. 1029), ritenne non doversi proporre per incidente presidenziale *una nullità di perizia* ordinata per via di sentenza, essendo ormai conosciuto dal collegio e compenetrato nel merito della causa.

Altro sarebbe se la perizia fosse richiesta *ex primo* alla forma dell'articolo 181. In tal caso potrebbe ancora aver luogo il rito incidente.

Si disse ancora in quella decisione che si rinunzia al *rito incidente* quando si domanda la *riunione al merito*. Potrebbe osservarsi che il processo incidentale è già esaurito, ma è verissimo che con ciò si abbandona la facoltà di chiedere una decisione separata sull'incidente, salvochè il tribunale o la corte non ne ravvisi la necessità.

Non è un incidente nei termini dell'articolo 181 la nullità *di una iscrizione in ruolo*, trattandosi di un elemento dello stesso processo formale.

V.

La *domanda riconvenzionale* è una domanda incidente? *Come si propone?*

Non è *una domanda incidente* la riconvenzionale, quindi non si propone col rito dell'articolo 181. È un nuovo giudizio di merito, simultaneo, che non può correre il processo incidentale, che si congiunge al processo principale, come cosa anch'essa principale (1).

È quindi una di quelle eccezioni che nei processi formali si fa *per comparsa* (articolo 162) per conclusione nei sommari. *La comparsa* è il mezzo semplice per dedurre ogni maniera d'istanze e risposte, *semprechè non sia stabilita una forma diversa*; e la forma diversa è quella dell'articolo 181 e seguenti per le specie contemplate in quella disposizione.

(1) « Et si ab aliquo conventus se vicissim ipsum petere velit, statim quod in hoc non licet [illegible], apud eundem judicem » (Authent. et consequenter, Col. de sent. et interlocut. Cap. Dispendia de rescr., [illegible]). E quindi si termina con una sola sentenza (Cap. 1, § 1, *De mutuis petition.*).

VI.

Il presidente al quale si esibisce una citazione da notificarsi, e alcuni documenti che vi hanno rapporto, non giudica che l'apparenza della causa quando concede la udienza così improntando all'esordio del giudizio la sommarietà. Questo potere d'iniziativa è inconsurabile in quell'alto magistrato nel cui senno e nella cui prudenza la legge confida.

Tale ordinanza del presidente ha un valore deliberativo, autorizzando quella forma di procedere, onde gli atti acquistano validità, qualunque sia la vera e propria indole del giudizio.

Questo modo, alquanto arbitrario, corrisponde a quella latitudine pensatamente indefinita in cui il legislatore ha voluto lasciare il suo sistema processuale, come tante volte si è detto. La mia regola è (egli si espresse col-l'organo degli esimi giureconsulti che tennero in quel tempo i sigilli dello Stato), la mia regola è che *i giudizi sono formali*. Ma concede ai presidenti dei tribunali e delle corti di appello di arbitrare diversamente col soli freni che al loro arbitrio pongono i numeri 1 e 2 dell'articolo 390 e le disposizioni parziali che si vengono succedendo rapporto ai giudizi esecutivi la cui natura è stabilita.

Se non che rammentando il legislatore di quai lievi argomenti è costretto valersi il presidente nella sua solitudine e senza contraddittorio di parti, per dare ad un giudizio la piega sommaria, quindi non tiene gran fatto a questa determinazione primitiva, e lascia generalmente parlando al collegio giudicante di ordinare intorno a ciò quello che più utile può stimarsi alla buona e perfetta discussione della causa.

VII.

Cade quindi il nostro discorso su ciò che *è di natura del processo*, non su ciò che *è di essenza* nel punto di vista dell'applicazione del rito. Meno i casi dalla legge definiti per la trattazione sommaria (nei quali il *rito è essenziale*), diciamo di natura formale le cause il cui *oggetto* non presenta il carattere di una certa urgenza, e invece il *soggetto* merita esame e discussioni lunghe ed accurate, il contrario affermasi delle sommarie. Il legislatore istituendo questi due sistemi (avrebbe potuto istituirne uno solo) ha voluto impartire comodità e forme opportune per ogni evenienza; lasciando principalmente il cômpito della elezione ai magistrati che si assidono in mezzo alle controversie e conoscono le vie meglio intese allo scopo.

VIII.

In relazione ai diversi procedimenti, qual è la natura di un *processo incidente in giudizio formale*, per dedurne quello che nel giudizio di appello gli corrisponda?

Si è detto il sommario (corte di Brescia, *Collezione* Bettini-Giuriati, 1868, tom. IX, p. 185, part. II) e si è detto bene. Benchè il processo incidente abbia dei caratteri distinti dal sommario puro, o così esprimerne, esso è nondimeno fatto ad imitazione di quello, sulla stessa foggia, e più si allontana dal formale-solenne; dal formale che s'impiglia di scritture e di controscritture, ed ha una estensione tanto maggiore.

IX.

Riconosciuto che il giudizio incidente ha la sua importanza e la sua ragione di essere, non è lecito deviarne il rito e fare indifferentemente *per comparsa* ciò che nell'altro modo deve farsi.

La citazione (articolo 185), si è già detto, ha pure un intento di semplificazione, di conciliazione. Io credo poi che la giuridica non potrebbe come la scienza farsi a distinguere se sia materia da conciliarsi o no. Ripeto che lo scopo precipuo si è di regolarizzare questo processo mediato in cui può trattarsi l'incidente da sè indipendentemente dal processo principale.

Stabilito il carattere dell'incidente, riserberemo alla comparsa tutte le altre istanze che non hanno affatto carattere.

Meno poi potrà confondersi *una citazione* con *un ricorso*, come talvolta si è fatto richiamando la giusta censura dei magistrati superiori (Corte di Brescia, 27 febbraio 1867 *Monitore dei Tribunali*, tom. VIII, pag. 1115).

Anche il *reclamo* concesso contro il decreto del presidente dall'articolo 183 deve farsi con citazione da procuratore a procuratore. Il reclamo ha luogo quando il decreto contiene qualche parte di decisorio, o *risolva l'incidente* ordinandone l'esecuzione o in altro modo. Non si può far passaggio al collegio se non per organo dello stesso presidente, che sull'atto di citazione dichiara il giorno della udienza.

X.

Gravissimo ufficio del presidente del collegio di autorizzare la forma sommaria; nondimeno io convengo con quei responsi giudiziari i quali tennero non esservi una vera e intrinseca nullità in quei processi che senza per-

messo del presidente furono condotti col rito sommario, e ciò per due considerazioni. Se si guardi al termine della citazione, il convenuto ha piuttosto vantaggio e comodo dall'esser citato nel termine ordinario e non abbreviato. O si guardi a quello scopo di buona amministrazione al quale tende codesta partizione del metodo processuale, entrando la causa in pieno collegio, può essere quella forma ritenuta come la più congrua o consona alla qualità del giudizio. E nulla impedisce al collegio, se buono lo stima, chiedendolo o no l'altra parte, surrogare il procedimento formale; questione sempre di convenienza e di opportunità, vista e misurata sul terreno pratico. Quando noi siamo compresi di questo spirito, nè avrebbe fondamento la nullità, nè avrebbe scopo.

Così molte volte la ragione suggerisce e il collegio giudicante approva, che un giudizio trattato col processo incidente in prima istanza, venga adagiandosi in appello col metodo sommario che meglio vi corrisponde (V. l'Osservazione VIII), laddove si troverebbe esuberante, eccessivo, senza una ragione proporzionata, il rito formale.

XI.

Ho veduto proporsi il seguente quesito. « In « un giudizio civile che si tratta avanti un tri« bunale nel quale fu autorizzato dal presi« dente un procedimento sommario, le do« mande riconvenzionali possono proporsi *ex* « *abrupto* alla udienza, o vi si deve far prece« dere una formale citazione da notificarsi « alla parte attrice? » (*Monitore dei Tribunali*, 1868, pag. 757).

Rispose per me la Corte di Brescia (5 febbraio 1868), colla penna di quel dotto e saggio uomo che è il consiglier Biagi; ed io pure nelle osservazioni superiori ho prevenuta la risposta. Le domande riconvenzionali sono difese di merito e non domande incidenti (Sopra, n° V).

XII.

Un altro quesito che ha rapporto all'articolo 725 e non fuori di luogo, trattandosi delle solite dubitazioni sul procedimento.

Il procedimento tracciato dall'articolo 725 si domanda, è formale o sommario? Sembra portare difficoltà la qualità del termine che per legge dev'essere di *giorni dieci* per comparire *davanti la Corte*, vedendosi rimosso l'ufficio del presidente che non fissa l'udienza secondo lo stile consueto e comune dei procedimenti sommari.

La stessa difficoltà, come già osservarono gli egregi legisti che trattarono questo argomento, si ripete all'articolo 703 in ordine agli appelli dalle sentenze di spropriazione.

Un processo così istituito contro la regola generale stabilita nell'art. 155 (1) sarà dunque formale e non sommario; ma come mai in linea esecutiva, contro un altro disposto pure generale (articolo 572), e mentre nel giudizio primo si osserva senza dubbio il rito sommario, come mai potrebbe immaginarsi in tale stato di cose un procedimento *formale* in grado d'appello?

Mi si permetta il dire che per me la cosa è assai semplice. Basterebbe certamente l'articolo 572 per rimuover la idea che nei giudizi esecutivi, siano pure di spropriazione, si possa usare altro procedimento che non sia il sommario. Ma noi abbiamo qui un termine stabilito non dal presidente ma dalla legge, un *termine di dieci giorni*. È forse questo il termine che deve assegnarsi ai citati in appello? Precisamente questo. Termine di rigore, termine che non può essere alterato e diminuito senza violazione dello stesso art. 725. Ma non sarebbe forse questo un *procedimento formale?* No: è un procedimento sommario, colla sola differenza o specialità che in questo o in qualche altro caso, relativamente ai giudizi esecutivi, la legge stessa s'incarica di assegnare il termine. È inutile domandare il perchè, ma può trovarsi nella gravità stessa della discussione che va a proporsi alla udienza, nella convenienza di non restringer troppo i termini dovendosi preparare documenti, tener congressi coi difensori, ecc., e ciò in ragione appunto e quasi a compenso della maggior brevità dello stesso giudizio. E non sarebbe perciò un procedimento sommario? Si dovrà meno comparire alla udienza, a quella ordinaria cioè che ha luogo dopo i dieci giorni? Niente adunque è variato, niente si aggiunge al sistema sommario che si usa avanti i tribunali civili e le Corti d'appello (articolo 389 e seg.), salvochè il termine a comparire è più lungo, o almeno più certo ed uniforme (2).

Bisogna anche riflettere che i giudizi esecu-

(1) « Nel procedimento sommario la citazione si fa sempre a comparire ad udienza fissa ».

(2) Credo dover osservare che l'articolo 137, parlando della comparsa del procuratore, che è di pura abilitazione, dice semplicemente « la indicazione del termine entro cui il convenuto deve comparire », e l'articolo 725, capoverso 1° — con citazione a comparire davanti la corte.

tivi hanno le loro varietà che corrispondono alle diverse esigenze dei soggetti che ivi si trattano, varietà accessorie nondimeno che lasciano al procedimenti sommari il loro svolgimento consueto, da non poterlo mai confondere col procedimento formale.

È da osservarsi ancora che se la parte citante non può mutare d'arbitrio suo il termine stabilito, rimane pur sempre al capo del tribunale la facoltà di abbreviarlo per circostanze straordinarie e da lui apprezzabili, giusta il generale disposto dell'articolo 154.

XIII

Se nascendo questione sulla qualità del procedimento da osservarsi, l'autorità giudiziaria debba pronunciare una sentenza, o possa restringersi a qualche altro provvedimento.

Non è questo un regolamento di udienza demandato ai poteri del capo del collegio; è una decisione che lo stesso collegio emette, sentite le ragioni delle parti e maturata l'importanza della causa. E ciò costituisce la *sentenza* che, pronunciata in primo grado, è anche appellabile (1).

XIV.

Se un giudizio iniziato in via formale possa volersi proseguito in via sommaria.

Nel commento io esposi avviso favorevole ad una tale facoltà dell'autorità giudiziaria che è in possesso della causa. Convengo che la mia opinione non è una ragione. Ma la ragione l'ho detta. La legge (articolo 391), non parla, è vero, che del caso inverso; e ciò per essere il caso più comune. Grave però sarebbe il non vedervi lo stesso spirito, lo stesso scopo. Un processo formale può essere così discordante dall'indole della causa, così inopportuno e fuor di luogo, come il sommario. La stessa opportunità di una lunga e protratta discussione può esser venuta a meno per documenti prodotti, per circostanze della causa che i giudici soltanto, nell'atto pratico, sono in grado di apprezzare. E non si potrebbe fare dell'articolo 391 una regola assoluta, direi un principio d'ordine pubblico giudiziario, senza rinunciare a tutto ciò che volgarmente e comunemente si afferma del carattere di opportunità, di relazione e di convenienza che l'uno e l'altro procedimento ritiene nel nostro sistema, e, per così dire, si cangierebbe tutto il sistema.

XV

Una massima di molta importanza stanziata dalla Corte suprema di Torino in una sentenza del 18 giugno 1860 (a relazione del ch. consigliere Pescatore) richiama la nostra attenzione.

Qual'è la *natura dalla comparsa conclusionale in un processo incidente?* (articolo 184, num. 4). Non punto diversa da quella di una comparsa conclusionale *in processo sommario* (art. 390). Chiudere la istruzione scritta del processo incidente, ecco il suo uffizio, ma non ha carattere definitivo al pari d'una conclusionale di merito. Quindi la corte suprema di Torino dettò il seguente teorema, che mi pregio di ripetere a comodo di chi non avesse riscontrata quella decisione. « Attesochè sottoponendo alla forma degli incidenti la discussione sull'ammessibilità delle prove, la legge significa questo unico intento, di trattare cioè e risolvere in via sommaria anche questo genere di questioni, benchè sorgano in giudizio ordinario. Ora sta nelle norme regolatrici dei procedimenti sommari, che le istanze originarie, e singolarmente le deduzioni di prove onde sia iniziato il procedimento, possano utilmente completarsi con istanze e deduzioni aggiuntevi nella cedola conclusionale presentata regolarmente, e persino in via di conclusione suppletiva alla udienza del tribunale » (2).

È un processo insomma che continua il suo stadio istruttorio, che passando nella fase orale, porta con sè gli elementi raccolti nel suo passaggio, e può fecondarli con nuove deduzioni.

XVI.

Faremo alcune osservazioni finali a modo di riepilogo, non più sulla natura dei due procedimenti *formale e sommario*, che ormai non tollerano altra discussione, ma sul rito incidentale.

a) Nelle note all'articolo 181 abbiamo osservato la *questione incidente* in senso latissimo e nelle sue varie diramazioni. Se non che pratico essendo il nostro scopo, e dovendosi delineare una funzione della procedura,

(1) Così, senz'altro aggiungere, mi associo alle ottime osservazioni del valente signor avv. Antonio Scotti (*Monitore dei Tribunali*, 1869 pag. 97), e sono colla compagnia molto rispettabile di una sentenza della corte di Brescia (20 novembre 1867).

(2) Nella cedola conclusionale si era aggiunto un terzo capitolo, testimonio ai due proposti nella istanza al presidente.

fu indi facile a stabilire, come specialmente nelle giunte si fece, che il nuovo metodo non poteva applicarsi che alle questioni incidenti strettamente e propriamente dette, che cioè hanno un merito e una sussistenza propria, la cui trattazione può concepirsi indipendente, o almeno separata, da quella del merito principale

b Il processo che se ne forma, ha natura e carattere di sommario nella cerchia di un processo formale; e per tale sua indole, passando la questione in appello sopra una sentenza che decise la questione incidente, conservando il suo carattere, si converte nel sommario puro, e ripugna dal formale che non tiene proporzione con esso e contraria la veduta della legge, anche lo inutile scialacquo del tempo essendo una perdita per la giustizia.

c) Avendo questo istituto il doppio scopo, 1° di troncare gli incidenti con qualche accordo fra i procuratori, a vantaggio di tempo, 2° di attuare una forma di procedura più semplice, e non costringere a portare la questione incidente per tutte le vie di un processo lungo e dispendioso, non può ritenersi indifferente di seguire o non seguire l'ordine stabilito, quantunque accordandosi le parti di prescinderne, si rispetti la obbligazione del contratto giudiziale, e non si abbiano ad invocare principii d'ordine pubblico ai quali non si possa rinunziare. Ma se, sfuggendo alle previsioni del Codice, forse giovandogli di prolungare, eccita per esempio a forma di comparsa, senza indirizzo al presidente, una istanza per l'ammissione dei testimoni, tale istanza può essere respinta dall'altra parte, e fatta rientrare nell'ordine prefisso.

d) È della natura di questo processo subalterno di svolgersi nel processo formale, e per servire a una tale relazione, esiste Quindi laddove il processo è sommario, non è capienza per un altro processo che aggiuntovi non farebbe che prolungarlo alterandone l'organismo. Ciò in generale, ma ho anche dimostrato che vi sono dei casi in cui può agevolarsi l'andamento dello stesso processo sommario. Tutte queste difficoltà dovrebbero sparire colla pratica e colla scorta di una giurisprudenza che venga riconciliando i suoi vari e sparsi dettati in quella uniformità che dev'essere il risultato di una lunga esperienza.

Articolo 156.

Davanti i tribunali civili e le corti d'appello non si può stare in giudizio se non col ministero di procuratore legalmente esercente, salvo le eccezioni stabilite dalla legge.

Davanti i tribunali di commercio le parti possono comparire personalmente, o per mezzo di procuratore legalmente esercente presso il tribunale civile o la corte d'appello, munito di mandato generale, o speciale per ciascun giudizio.

Davanti i pretori e i conciliatori le parti possono comparire personalmente, o per mezzo di persona munita di mandato generale, o speciale per ciascun giudizio

Annotazioni

Quanto alle *eccezioni* possono vedersi gli articoli 800, 807.

1 *Ministero dei procuratori*. **Precedenti storici.** — Presso i Romani il procuratore alle liti ebbe carattere privato (Tit de procurat. Dig. Oggidì il procuratore *ad lites* è un ufficiale pubblico preposto a procedere in giudizio a nome di coloro che piatiscono avanti quella giurisdizione contenziosa, ove il loro ministero è necessario o permesso (MERLIN In Francia l'organizzazione del ministero dei procuratori, formante un proprio istituto sotto nome di *Chatelet*, risale al secolo XIII. In Italia è pure assai antico l'ufficio dei procuratori. Per la natura delle cose il patrocinio si divise; e gli avvocati si distinsero dai procuratori. La storia del fòro francese rammenta l'epoca di Filippo VI, che ne proibì il cumulativo esercizio. Una delle curie più celebri d'Italia è certamente la romana, come il suo più celebre tribunale sino ai nostri giorni fu la Rota. La distinzione fra procuratori ed avvocati vi fu sempre mantenuta, e credo anche nei tempi felici della sua giurisprudenza più specie di procuratori vi si annoverassero. Fra questi erano i così detti *causarum patroni*; dotti e versati in ogni materia del diritto, al dire del Deluca, il che io non ammetto, valevano gli avvocati degli altri paesi. Gli avvocati, propriamente tali, costituiti in una dignità e in uno splendore di cui non si ha più esempio, trattavano le cause più famose, la-

sciate ai procuratori le controversie d'ordine, non si occupavano che del diritto. *Advocati dicuntur qui clientum causis agendis vel tuendis legibus ac juribus assistunt* (*Conciol. ad Stat. Eugub.*, lib. II, rub. 26). È noto che l'istituto dei procuratori, come corpo ufficiale, fu soppresso in Francia, benchè il ministero dei singoli fosse conservato colla Legge 20 marzo 1791, l'abolizione totale venne dalla Legge 3 brumaio, anno II; i procuratori tornarono alla condizione antica di semplici mandatari. Il loro ministero ricostituito, riorganizzato, fu rimesso in onore colla Legge del 27 ventoso, anno VIII (erano nominati dal primo console, il loro numero determinato presso ciascun tribunale (articoli 9, 95 di quella Legge). L'ordine degli avvocati, difeso da una splendida tradizione, quantunque per la Legge 2 settembre 1790 si considerasse non più costituente un collegio o corporazione (che forse non era senza carattere politico), rimase in seggio, almeno per quanto riguarda le consultazioni e le maggiori cause, mantenne il suo albo e il suo esercizio (Legge del 22 ventoso, anno XII); ma la loro ricomposizione è dovuta al decreto imperiale 14 dicembre 1810. (Ho tolto queste brevi notizie da ciò che io stesso scriveva nel *Commentario al Codice sardo*, vol. II, p. 270, Torino, 1861, Unione Tipografico-Editrice.)

2. Dicendosi nel secondo capoverso di quell'articolo che « davanti i pretori e i conci- » liatori le parti possono comparire perso- » nalmente, o *per mezzo di persona munita di* » *mandato generale o speciale per ciascun giu-* » *dizio* », si è sollevato il dubbio se possa dirsi *mandato generale* quello che non sarebbe generale che alle liti, mentre, secondo la nozione del Codice civile (articolo 1741), mandato generale è quello che comprende *tutti gli affari del mandante*.

Le parole usate dalla legge, nel mio modo di vedere, equivalgono a queste altre, *munito di mandato generale alle liti, o per questa lite soltanto*. Vi è della improprietà nella dizione *per ciascun giudizio*, tuttavia il senso è chiaro, e non può credersi che la legge di procedura abbia voluto parlare del mandato generale *ad negotia*; come di mandato *ad lites* non si occupa l'articolo 1740 del Codice civile.

Articolo 157.

Le norme di procedimento stabilite per i tribunali di commercio devono osservarsi davanti i tribunali civili quando questi ne fanno le veci. In questo caso il ministero pubblico non può essere sentito.

I tribunali civili quando pronunziano come tribunali di commercio devono farne menzione nella intitolazione delle sentenze.

Il difetto però di questa menzione, come pure la circostanza che siasi sentito il pubblico ministero, non annulla la sentenza, salvo nel primo caso le pene disciplinari contro il cancelliere che l'abbia firmata.

Annotazioni

Nei luoghi ove non sono istituiti tribunali di commercio, i tribunali civili ne fanno le veci nelle cause commerciali. Una tale duplicità di giurisdizione ha dato luogo a qualche controversia nel suo esercizio, ora sul modo di proporre la domanda, ora sulla procedura nel corso del giudizio, ed ora sulle enunciative della sentenza.

In cause di carattere commerciale se il tribunale civile competente è adito senza dichiarare che viene adito in figura di tribunale di commercio, una giurisprudenza omai comune risolve che possedendo il tribunale la duplice giurisdizione, intendesi dall'attore invocata quella che si conforma alla natura del giudizio (corte di cassazione di Napoli, 6 agosto 1870, *Annali di giurisprudenza*, vol. IV, part. I, sez. I, p. 236, corte di Parma, 26 marzo 1867, *Annali*, vol. I, part. I, pag. 279, corte d'appello di Firenze, del 27 febbraio 1870, *Annali*, vol. IV, part. II, pag. 453, cassazione di Torino, 27 aprile 1870, detto volume, parte I, pag. 235, corte di Firenze, 15 maggio 1869, *Annali*, vol. III, pag. 206).

Qui mi permetto di osservare contro quelli che credono ancora investito il giudice civile della universale competenza, e quindi potere come tale conoscere delle cause di commercio, non essendo la competenza commerciale che relativa, che quando una causa di natura commerciale potesse portarsi *ratione commoditatis* alla giurisdizione civile, cesserebbe ogni motivo di distinguere in quale delle due attribuzioni il giudice civile conosca la causa, ap-

punto perchè la sua giurisdizione essendo universale, assorbirebbe quella del commercio.

Invece la giurisprudenza ha detto che avanti il giudice civile investito della doppia giurisdizione *non si disputa di competenza, ma solo di forma del giudizio* (come può vedersi in alcuna delle decisioni sopra indicate e nelle seguenti) non già perchè la giurisdizione civile sia assorbente, non già perchè le due giurisdizioni non debbano ritenersi distinte, ma perchè il tribunale le contiene entrambe nella sua competenza.

La corte di cassazione di Napoli fece omaggio a questo principio nella decisione del 13 novembre 1870 (*Annali*, vol. IV, part. I, p. 150), insegnando che se in dati luoghi o per certi valori « la giurisdizione commerciale sia affi« data a quelli stessi che esercitano la civile, « *ciò non importa la confusione delle due giu« risdizioni in una* ». Nondimeno a noi che non conosciamo le precise condizioni del processo, l'applicazione non sembra felice, stando ai termini generali della decisione.

Era stato adito il pretore come giudice di commercio, la causa era stata portata in appello al tribunale civile come investito della funzione commerciale. Rivelatasi nel corso dell'appello la natura civile della questione, sedendo come tribunale civile la giudicò. La sentenza venne annullata col suddetto principio, che le giurisdizioni procedono distinte, e può inferirsene che il tribunale avrebbe dovuto dichiararsi non competente, in quanto nel primo grado erasi proceduto commercialmente e quindi si avesse a ricominciare il giudizio nell'aspetto civile.

Giro inutile e vizioso crediamo noi, stantechè nè il pretore, nè il tribunale furono incompetenti per un solo momento, e non occorreva ripigliare il giudizio per rispetto di una qualificazione erronea. In questo senso decidono la corte di cassazione di Firenze e di Torino (*Annali*, vol. II, part. I, sez. I, pag. 326, vol. II, part. I, sez. I, pag. 28; vol. IV, part. I, sez. I, pag. 235).

Dee valere più la natura del giudizio e la verità delle cose, che la qualificazione, e quindi non esser nulla la sentenza pronunciata da un tribunale avente la doppia giurisdizione, (qualora decidendo una causa di commercio questa circostanza non fosse dichiarata), attestano più decisioni (tribunale di commercio di Torino, 16 dicembre 1869, *Giurisprudenza commerciale* del Caveri, vol. I, part. II, p. 120; tribunale di commercio di Livorno, 7 luglio 1865, cassazione di Torino, 22 luglio 1871, e nota della redazione degli *Annali di giurisprudenza*; corte d'appello di Firenze, del 27 febbraio 1870, *Annali*, vol. IV, part. II, p. 153; corte di Milano, 26 luglio 1869, *Annali*, vol. III, part. II, pag. 629).

CAPO I.

DEL PROCEDIMENTO FORMALE DAVANTI I TRIBUNALI CIVILI E LE CORTI D'APPELLO.

SEZIONE I.

Disposizioni generali sull'istruzione della causa.

§ 1.

Della costituzione dei procuratori, e dei suoi effetti.

Articolo 158.

Il procuratore dell'attore, prima della scadenza del termine della citazione, deve depositare nella cancelleria:

1° Il mandato per originale o per copia;

2° L'atto di dichiarazione di residenza o di elezione o dichiarazione di domicilio fatta dalla parte, se siasi omessa nell'atto di citazione;

3° I documenti originali di cui offre comunicazione.

Annotazioni.

1. La forma del mandato è specificata nell'articolo 48. La *copia*, se piace piuttosto esibire la copia, dev'essere spedita colle norme dell'articolo 1343 del Codice civile.

2. Col num. 2 dell'articolo si dimostra che non è essenziale dichiarare nell'atto di citazione la elezione del domicilio, posto anche che la *elezione sia necessaria*, giusta la prima parte del num. 5 dell'articolo 134, vi è però questa differenza, che quando la *dichiarazione* è fatta nella citazione, essa fa parte della citazione medesima, e non occorre altro atto, perchè vi siano espressi i requisiti voluti sì dallo stesso articolo che dall'articolo 140. Risulta poi da codeste leggi insieme combinate, che l'atto di elezione di domicilio può essersi fatto *prima della citazione*, secondo l'art. 140, e allora può ivi ripetersi e confermarsi l'atto già eseguito, o può farsi, come or ora si diceva, *nella stessa citazione*, nell'atto fondamentale della lite che costituisce per l'attore il quasi contratto giudiziario; o finalmente può farsi *dopo la citazione*, purchè l'*atto di dichiarazione* sia prodotto o in *originale* o in copia prima della scadenza della citazione. Nei termini rigorosi del num. 2 di questo articolo *l'atto di elezione di domicilio non si fa in cancelleria*, ma ivi *si deposita*, il che suppone che sia stato fatto separatamente, con atto autentico avanti notaio oppure avanti il cancelliere che ne rilasciò copia autentica.

3. Coll'assoluta necessità di produrre il mandato, senzachè o la istanza potrebbe immediatamente respingersi, o il giudizio sarebbe nullo, da lungo tempo si resero impossibili presso noi le questioni che suonano ancora nel fôro francese sulla modalità o sulle qualità del mandato, che non può mai essere *presunto*.

4. Le facoltà del mandato *ad lites* non sono che le facoltà *ordinarie*, che riguardano cioè le operazioni della causa in quanto, per la gravezza, responsabilità e natura loro, non richiedono una *determinata applicazione della volontà della parte* (attrice o convenuta), *e la espressione specifica di essa*, e quindi un mandato nuovo e singolare ad ognuno di codesti atti. Così il mandato *ad lites* non racchiude e non può racchiudere che le facoltà ordinarie, come io diceva, o comuni nel giro del giudizio proposto. Il mandato della lite è circoscritto dalle speciali limitazioni che la legge viene accuratamente tracciando di caso in caso, onde non è d'uopo al mandante veruna specificazione: è la legge stessa che se ne incarica. I casi di limitazione sono in gran numero (V. gli articoli 5, 21, 123, 221, 314 ed altri). Ogni previdenza di questi casi, ogni precoce trasmissione di poteri al procuratore, ad esempio per una ricusazione di giudici, per la delazione di un giuramento, ecc., sarebbe affatto inutile. La legge saggia pretende che la parte si determini di volta in volta, e secondo le necessità della causa, non ad un tratto, non in globo, non anticipando i poteri. Essa chiama insieme la parte litigante a riflettere sopra i suoi passi, l'obbliga ad assistere a certi atti più gravi e pericolosi, vuole che si decida in faccia, per così dire, all'evento, e colla cognizione di tutte le circostanze che l'accompagnano.

5. Il mandato può essere *ad litem* o *ad lites*, quest'ultimo sarebbe il mandato generale, quello il mandato speciale. Non parmi trovare nella nostra legge cosa in contrario, in pratica si ammette, l'articolo 1740 del Codice civile appoggia questa massima; e nel diritto comune, testimonio la Rota, abbiamo continui esempi. Mandato generale *ad lites*, munito delle clausole opportune, inchiude facoltà di appellare, facoltà di ricorrere in cassazione, facoltà insomma di proseguire la stessa lite negli stadi superiori, che altrimenti non si avrebbe.

Dico *che altrimenti non si avrebbe*. Ciò è nella natura del mandato *ad litem*: in appello, in cassazione esperimento nuovo, non necessario per essere compreso nel primo mandato; troppo importante, perchè la parte non abbia a seriamente riflettere prima di affrontarlo; troppo difficile talvolta, perchè il procuratore di prima istanza abbia a riputarsi egualmente abile per nuovi cimenti ove per lo più scendono in lizza le illustrazioni del fôro. Credo però che si possa attribuire al procuratore la opportuna facoltà per continuare la lite e rappresentare la parte nelle sue successive evoluzioni.

In Francia si disputa, e li lascieremo disputare. Merlin credeva nella facoltà di appellare col semplice mandato di lite (*Repertoire*, v° *Appel*, quest. du droit. Poncet invece la

nega (*Des jugements*, tit. II, cap. IV), e professa un'opinione diversa. Sta pel primo un testo espresso del diritto romano: « Si procu« rator qui judicio interfuit victus sit, an ipse « quoque per procuratorem appellare possit, « videamus, quia constat procuratorem alium « procuratorem facere non posse. Sed memi« nisse oportet, quod *procurator lite contestata* « *dominus litis efficitur*, *et ideo et per procu-* « *ratorem appellare potest* » (Leg. 4, Dig. de appellat. in fin.). Questo testo contiene per ragione degli opposti il seme della nostra teoria. Le idee moderne sono diverse: il nostro istituto procuratorio non ha verun rapporto con quello. Il procuratore privato mandatario e quasi incarnazione del suo mandante, litigava nel suo nome personale e in tale soffriva condanna, e perciò poteva appellare (Leg. 1, Cod. de sentent. et interlocut.). Si è visto che poteva costituire *in appello altro procuratore*, appunto nella sua qualità di *dominus litis*, facoltà che, se non è espressamente concessa, niuno certamente crede compresa nel primo mandato.

6. Il procuratore nominato e costituito nella causa d'appello *continua le sue funzioni in ordine agli atti esecutivi*, che non sono che lo sviluppo del medesimo giudizio. Penso ugualmente rispetto alla causa di revocazione quando sia proposta nei 180 giorni (articolo 502), opinione che io espressi ancora nel *Commentario del Codice sardo*, vol. II, num. 425. Il giudizio è fatto avanti lo stesso tribunale, e se *giuridicamente* parlando è un giudizio novissimo anzi straordinario, logicamente non lo è, ma piuttosto una fase del giudizio, un richiamo dei giudici a migliore sentenza.

7. **Questioni.** — *a. Sulla facoltà di surrogare un altro procuratore.* Il procuratore *ad litem* non può di sua facoltà sostituire altro procuratore: *hoc explorati juris est.* Ma non potrebbe il mandato contenere facoltà di sostituire altro procuratore? Ciò pure nella giurisprudenza è ovvio e comune (Gail, *Pratic. observat.*, lib. I, obs. 74, num. 11; Cencius, *De procurat.*, cap. XXXVIII; Rodolphin, *Prax.*, part. I, cap. III; Marcabrun, cons. 90; Vantius, *De nullitate*, etc.). Nelle nostre leggi non trovo ostacolo, ed è nella naturale libertà di ogni proprietario della lite. Si può trarre argomento dall'articolo 1748, num. 1 del Codice civile.

b. Della costituzione di più procuratori in solido. Rispetto al diritto comune, nessun dubbio (Leg. 4, qui duos, Dig. de procurat.; Leg. 32, pluribus, Dig. eod.). Ma in pratica, e precisamente in tema di giudizi, si erano introdotte delle limitazioni. Si diceva che il convenuto per diverse azioni *cum illæ non oriantur ex eadem fonte*, poteva più procuratori nominare, *secus autem si una tantum actione conveniatur* (Glossa in Leg. jam tamen, § ita, Dig. judic. solvi; Bartolo, ivi, num. 2). Si permettevano più procuratori agli attori, perchè più d'uno (Paul de Castro, in Leg. quod si nolit, § plures, Dig. de edil. edict.). La nostra legge giudiziaria è muta intorno a ciò, se non che l'articolo 1745 del Codice civile parla espressamente *di più mandatari o procuratori costituiti nello stesso atto*, aggiungendo che l'obbligazione loro non è solidale *se non è stata pattuita*. Evidentemente la legge parla di mandato *ad negotia*, e non può dissimularsi la grave differenza che passa fra quello e il caso nostro. Più procuratori nominati senza necessità in una causa (ora non parlo del ministero degli avvocati) sarebbe un dispendio incongruo al soccombente che dovesse rifondere le spese, e per l'attitazione un imbarazzo. Io dunque non credo che si possa fare, eccettochè i procuratori non fossero costituiti *in solido*, perchè in sostanza non ce ne sarebbe che uno, al quale si potrebbero, come all'altro, notificar gli atti. Non saprei perchè avesse a proibirsi tal facoltà; e con questo avviso io pure trattai la presente questione nel citato *Commentario* (vol. II, pag. 302, 303).

Articolo 159.

Il procuratore del convenuto, prima della scadenza del detto termine, deve depositare nella cancelleria:

1° Il mandato per originale o per copia;

2° L'atto di dichiarazione di residenza o di elezione o dichiarazione di domicilio fatta dalla parte nel modo prescritto per l'attore nel num. 5° dell'articolo 134; e deve notificare al procuratore dell'attore la propria costituzione e il domicilio eletto dalla parte.

Annotazioni

L'obbligo della *dichiarazione di residenza o domicilio* (num. 2) s'intende qualora *il convenuto non abbia residenza o domicilio nello Stato*, in relazione a ciò che è ingiunto nel num. 5 dell'articolo 134. Non vi è difficoltà sul potere eziandio il convenuto eleggere spontaneo il domicilio per quella lite, secondo lo stesso articolo 134.

Articolo 160.

La dichiarazione di residenza o la elezione o dichiarazione di domicilio conserva il suo effetto finchè non sia mutata per atto notificato all'altra parte.

La elezione o dichiarazione tardiva produce effetto soltanto dal giorno in cui sia notificata all'altra parte.

Annotazioni.

Adunque il domicilio è revocabile. *Assolutamente, o relativamente* soltanto? Vale dire, si può revocare il domicilio eletto senz'altro; ovvero surrogandovi un diverso luogo? Rispondiamo subito che il cangiamento di luogo è nel pieno diritto delle parti, in qualunque caso. Ciò emerge chiaramente dall'articolo. Ma premesso che l'elezione del domicilio sia *necessaria* perchè in uno di quei casi in cui la legge la impone, è chiaro che non potrà mutarsi che dentro la periferia fissata dalla legge. Così, *se il domicilio deve eleggersi nel Comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria, davanti la quale si deve comparire* (art. 134, num. 6), non potrà variarsi che in quel limite. Sull'altra parte del quesito, se il domicilio eletto possa anche revocarsi assolutamente, cioè rientrando nel domicilio naturale, e come se la elezione non fosse stata fatta, mi piace riportare la teoria del Bacquet (*Traité des droits de justice*, cap. VIII, num. 16): « Il faut « distinguer si le domicile a été élu par les « parties, condition essentielle de leur con« vention, aucune d'elles n'a le droit de s'en « désister contre le gré de l'autre: cette con« dition est la loi à laquelle l'une et l'autre « partie se sont soumises. Si au contraire un « seul des contractants a fait élection de do« micile pour son propre avantage, il est libre « de la révoquer, mais il doit faire cette ré« vocation avant les poursuites judiciaires, car « il serait non recevable à demander ensuite « son déclinatoire dès que le juge a été léga« lement saisi ». Questa dottrina porge alcuni principii applicabili. L'art. 134, num. 5, contiene una *necessità* e una *facoltà*. Chi ha una residenza e un domicilio reale (sia attore o convenuto), e nondimeno gli giova di eleggerne uno alla lite, dee ritenersi farlo *in proprio vantaggio*, movente giuridicamente supposto in tutte le azioni spontanee. *Et locus est pœnitentiæ*, malgrado sia esso ad un certo punto divenuto comune colla partecipazione che se ne fece all'altra parte. Ciò che importa si è, che non avvengano inconvenienti da una elezione tardiva (cioè fatta in corso di giudizio, dopo trascorsi i primi termini); e che gli atti già inviati al domicilio eletto sino alla sua revoca e regolare notificazione, s'intendano sempre validi.

Non sfuggirà un'avvertenza ben facile a chiunque: tuttavia si noti. La elezione del domicilio, di cui parla l'articolo 160, *è posteriore alla introduzione del giudizio*. Essa dunque non influì sulla determinazione della competenza. Ben altro sarebbe se si trattasse di *una elezione anteriormente fatta*, nel qual caso la revoca (posto che fosse permessa) non potrebbe alterare i rapporti di competenza che in virtù di quel fatto si fossero formati.

Articolo 161.

Le parti non possono rivocare il loro procuratore senza costituirne un altro.

La rivocazione del procuratore non produce effetto, sinchè non sia notificata la costituzione del nuovo procuratore.

La costituzione del procuratore produce elezione di domicilio presso il medesimo per quanto riguarda l'istruzione della causa.

Annotazioni.

Due parti distinte contiene questo articolo. La prima concerne il diritto di revoca del procuratore. L'altra stabilisce una nuova relazione domiciliare dedotta dall'ufficio stesso di

procuratore. Perchè si riunirono nello stesso articolo?

1. *Diritto di revoca.* La libertà è combinata coll'ordine dei giudizi, e così diritto questo al litigante contrario *nella facoltà di revocare il procuratore costituito e nel precetto di surrogarne un altro.* Questa disposizione è di tutte, io credo, le moderne procedure (III Costituzioni piemontesi, lib. III, tit. IV, § 21, articolo 194 del fu Codice parmense, articolo 147 del Codice civile sardo del 1859, articolo 75 del Codice di procedura civile francese, § 547 del Regolamento dello Stato romano, ecc.). La frase, *la rivocazione non produce effetto,* è una frase felice che spiega la differenza dei rapporti fra i contendenti e quelli fra mandante e mandatario, circa i quali il diritto si modifica in un modo tutto particolare (V. più sotto). Ma rispetto ai litiganti non produce effetto, è come non fosse, gli atti continueranno a farsi e regolarmente si faranno alla sua persona di procuratore e al suo domicilio, sino al momento in cui la surrogazione di altro procuratore sarà fatta e notificata. Il legislatore trovò di aver così bene espresso il suo concetto, che tagliò via le parole che si leggevano nell'indicato articolo 147, redazione comune ad altri codici: *gli atti fatti e le sentenze ottenute in concorso dei procuratori rivocati e non surrogati, sono validi:* era un pleonasmo. Tutto ciò è la conseguenza dell'inadempimento della condizione colla quale può esercitarsi il diritto di revoca.

Ma in qual modo dovrà intendersi la responsabilità che il procuratore revocato e non surrogato incontra verso il già suo cliente? Sarà vero ciò che in questo proposito dice il Boitard? « L'avoué révoqué, mais non remplacé par lui, reste en un certain sens, le représentant légal du client qui l'a révoqué. Je dis en un certain cas, car ce représentant ou mandataire, n'est plus qu'un *représentant passif,* forcément condamné à la plus entière inaction ». E seguita chiarendo il suo concetto: il *procuratore dell'attore* è passivo, ma pure rappresentante, perchè riceve gli atti che gli vengono intimati; il *procuratore del convenuto* poi non ha più qualità di sorta, quanto dire non ha più alcuna rappresentanza, *nemmeno passiva* (*Leçon de proc. civ.*, t. I, num. 194).

Queste idee non sono esatte. Credo sia necessario precisare un po' meglio la situazione.

La revoca del mandato senza surrogazione è una revoca imperfetta. Ciò non è ignoto al procuratore revocato; egli sa bene la condizione che gli è fatta dalla legge. Egli rimane ancora sul campo, di fronte all'avversario: *che dovrà fare e cosa non potrà egli fare?* Dovrà provvedere agli atti urgenti, irreparabili, prodotti dalla reazione contraria, non potrà farne alcuno procedente dalla sua propria attività, non potrà, per es., provocare l'esame testimoniale, ma se la parte contraria notifica i suoi testimoni secondo le norme dell'art. 234, non potrà lasciar trascorrere i cinque giorni senza notificare i propri, per non incorrere nella decadenza. Se l'esempio non è bene scelto, dirò in genere che egli è *tenuto agli atti conservatorii e necessarii.* E ciò perchè dipende da lui accettare la revoca e rinunciare formalmente al mandato (V. appresso). Tanto è vero che per gli *atti conservatorii e necessarii* il mandato si reputa esistente, dovrà rimettere al cliente le carte che gli verranno intimate, e informarlo dello stato della causa, nè potrà bruscamente interrompere la corrispondenza, come totalmente alienato dal giudizio. Per contro egli diventa creditore di spese ed onorari per gli atti fatti nella suddetta qualità, non per quelli che intraprendesse di suo moto a continuare la lite. Rimane nella condizione di un *negotiorum gestor,* forzato, che potrebbe affrettare la soluzione di questo incerto stato di cose accettando la revoca e rinunziando, notificando tutto ciò al revocante, e costringendolo a costituire un altro procuratore.

Ecco adunque come le idee del Boitard non sono esatte. Il procuratore dell'attore, revocato e non surrogato, non è totalmente quel rappresentante passivo di cui egli ragiona. Non vi è più differenza fra la situazione del procuratore dell'attore e quella del procuratore del convenuto, perchè amendue possono fare e notificar atti e riceverne.

Del diritto del procuratore di rinunziare al mandato. Il mandato *ad litem* rispetto al mandante è costituito *in ejus gratiam,* rispetto al procuratore, *in gratiam utriusque.* Contuttociò la teoria che ne risulta non può trasportarsi dal campo dei negozi a quello della lite. La natura dell'oggetto che qui si tratta, esige la più completa libertà: il cliente e il procuratore non s'impegnano se non permanendo entrambi *in eadem voluntate.* Il patrocinio è naturalmente libero, spontaneo, accordato dalla fiducia, mantenuto dalla persuasione, resta solo che il procuratore rinunziante osservi quella legge che è imposta in simil caso ad ogni altro mandatario. « Il mandatario può rinunziare al mandato notificando al mandante la sua rinunzia. Tuttavia il mandante, *se tale rinunzia lo pregiudica,* dev'essere tenuto in-

danno del mandatario, salvochè questi non possa continuare nell'esercizio del mandato senza notabile suo danno » (articolo 1761 del Codice civile).

Il Codice non parla della rinunzia del procuratore al mandato. Nella sezione III, capo I, titolo IV, e precisamente nell'articolo 334, si fa ragione *della morte, della cessazione dall'esercizio, della sospensione o interdizione di uno dei procuratori*, si determina quale e quando possa aver influenza nel corso del processo. Se ne deduce con fondamento, che la rinunzia spontanea del procuratore, per qualsivoglia causa, non interrompe il processo, non impone sosta alla contraria parte, egli è ritenuto procuratore sino alla surrogazione, perchè è principio *che il procuratore, una volta costituito, continua sempre, rimpetto alla parte contraria, nel patrocinio sino alla surrogazione, eccettuati i casi di necessità specificati dalla legge*. Ma come si concilia tutto questo colla facoltà di rinunciare al patrocinio? Qui dobbiamo avvertire che, quantunque la facoltà in genere esista, essa però non può esercitarsi in ogni stadio o momento della procedura. *Quando la causa è in istato di essere giudicata* (vedremo poi quando sia), e generalmente quando il mandante non può più costituire altro procuratore, o perchè impedito dallo stato medesimo della causa, o dal tempo, per es. al momento o poco innanzi dell'udienza, il procuratore non può rinunziare senza rendersi responsabile dei danni che la sua intempestiva rinunzia sarà per produrre. Ma questa, secondo l'articolo 1761, è la obbligazione di ogni mandatario, senza che ciò leda il principio della rinunziabilità.

Precedenti storici. — Nelle pratiche comuni il diritto della revocabilità era fondato su questo criterio: *quia mandatum ad litem exigit summam confidentiam, ideoque non est dandum in eo de quo collitigans amplius non confidat* (Deluca, *De tutor.*, disc. 20, num. 14). Nè la parte soltanto, ma lo stesso ufficio del giudice poteva revocare, ossia destituire dal patrocinio quel procuratore che troppo male adempisse il debito suo (Leg. eum qui res Cod. de procur.; Roman., cons. 28 in 2° dubio). I meno rigorosi sostenevano dover concorrere la prova del dolo. Questo poteva farsi dal giudice *nemine petente*, ma la parte doveva interporne l'ufficio ove si trattasse di mandato *irrevocabile*, che nonostante, demeritata la fiducia, poteva revocarsi (Deluca, *De feud.* disc. 110, num. 12). Ma la revoca non aveva effetto se non mandata a notizia dell'altra parte con espressa intimazione (Leg. si mandatum, Dig. mandati, nè bastava la scienza della revoca altronde acquisita (Bartolo in Leg. denunciasse, § qui, Dig. ad Leg. Jul. de adulter.). Quanto specialmente riguarda il mandato *ad litem*, vi erano regole proprie, conformate alle nozioni della romana giurisprudenza. Prima della contestazione, e *re integra*, come dicevasi, veruna difficoltà. Dopo la contestazione *res non erat adhuc integra*, il procuratore divenuto *dominus litis* non era più revocabile a volontà, ma doveva provarsi un legittimo motivo. Molto meno poi potevasi revocare *post conclusum in causa* (Leg. ante litem, Leg. post litem, Dig. de procur., cap. II, eod. lib. VI; Ridolphin, *Prax.*; Cencius, *De procurat.*). Ma concorrendo eziandio un giusto motivo, il procuratore era così radicato, useremo questa frase, nella sua posizione, che facea d'uopo o il consenso di lui, o doveva farglisi una lite (Gail, obs. 46), pendente la quale, ove cadesse il decidere sulla giustizia della revoca, l'ufficio del procuratore, *tamquam suspectus*, era sospeso (Gloss. in Leg. quæ omnia, V. suspectus, Dig. de procur.). E ciò che poteva sembrare più grave, non bastava il consenso del procuratore, ma era altresì necessario quello della parte avversa (Leg. mu[illegible] et ibi Bartolo, Dig. de procurat., Leg. quæ omnia, § 1, et ibi Bartolo et Paul. de Castro, Dig. eod.). Le cose andavano di questa maniera, laddove nuovo procuratore non fosse costituito: *secus autem si alium deputet* (Deluca, *De judiciis*, disc. 6: *cum tunc nulla cadat prohibitio*).

Quanto al diritto di rinunzia correvano massime che noi pure in parte accettiamo, benchè oggidì l'orizzonte della libertà sia più esteso. Il mandato assunto doveva portarsi a compimento, questo era il principio, meno una *legittima causa*, e allora *licitum erat mandatum deserere et mandato renunciare* (Leg. si mandavero § fin. Dig. mandat., Gloss. in Leg. ante litem Dig. de procurat.). Fra le cause era questa che Paolo espresse (*Fragm.* 14, de proc.): « Si post datum procuratorem capitales inimicitiæ intercesserunt, non cogendum accipere judicium, *nec stipulationem ob rem non defensam committi*, quoniam *nova causa sit* ». Tuttavolta anche in questo caso il procuratore aveva dei doveri da rispettare, *dummodo mandanti jus integrum servetur*, conseguenza della obbligazione primamente assunta, e della natura di un mandato *ad litem*.

2. *Gli atti d'istruzione* si fanno dai procuratori e si notificano ai rispettivi loro domicilii. *Costituzione tacita di domicilio*, che fanno

i litiganti nello studio del rispettivo procuratore per necessità del giudizio: questo è il concetto del secondo capoverso dell'articolo, che per questo solo si concilia con tutti gli altri precetti accumulati dalla legge sul domicilio reale e sul domicilio di elezione, mentre gli atti di parte, così detti, vanno al domicilio reale e d'elezione; gli atti procuratorii si cambiano fra i procuratori. Pratica costante di tutti i giudizi che si esercitano per mezzo di un procuratore legale, e che lasciavano tuttavia ricercare il principio in cui si fondasse. La nuova legge ha fatto bene di esprimere che ciò avviene per una creazione tacita di domicilio (*la costituzione... produce elezione...*), limitata ai bisogni dell'*istruzione della causa*.

§ 2.

Delle comparse, dei termini per rispondere, e della comunicazione dei documenti

---

OSSERVAZIONI GENERALI

Ci siano permesse alcune riflessioni sul sistema del Codice.

Il *procedimento formale* si divide in tre parti o momenti essenziali: *istruzione, discussione, decisione* (nel processo sommario la istruzione è contemporanea alla discussione quando non voglia dirsi che con essa si confonde). La *istruzione* si suddivide in quattro parti: tre delle quali sono forme costitutive e necessarie, la quarta è eventuale. Questa partizione fa il Codice nella presente Sezione, *Disposizioni generali sulla istruzione della causa*. Quel predicato *generali* fa supporre dei dettati ulteriori riguardanti norme e regole *speciali*. E credo veramente sia così. Non intendo ora parlare di quelli che si chiamano *procedimenti speciali*, contenuti e quasi relegati nel Libro III, per non potersi comprendere nel sistema comune dei giudizi. Ma sta realmente che vi sono regole speciali, procedure parziali ad oggetti determinati: i quali oggetti o sono *contenziosi*, o sono *probatorii*. Sono della prima classe quelli compresi nella Sezione II e III del Capo I, Titolo IV, appartengono all'altra quelli compresi nella Sezione IV. Così è giustificato il predicato *Disposizioni generali*, mentrechè anche quelli sono distinti metodi d'istruzione, porgendo al giudice elaborata la materia del giudizio.

La *prima parte* dell'istruzione è la *citazione* e la *costituzione del procuratore*, fondamento primo e duplice del giudizio: *domanda regolare, legittimità dei rappresentanti*. La *seconda* è uno stadio indeterminato, quanto alla durata, ma che ha spazi assegnati o termini fissati, lasciato libero alle prove battagliere delle parti dove non è intervento del giudice. La *terza* comincia dalla *iscrizione in ruolo*, che suppone matura la causa per esser portata a decisione. La *quarta* tratta degli *incidenti*. È stata da noi appellata parte *eventuale* del procedimento, perchè non in tutti sorgono incidenti. Il tentativo di partizione è nuovo, ed è proprio di questo Codice, indizio di studio più accurato e di più avanzate teorie. Vedremo a suo luogo che nel § 4 gli incidenti sono osservati con una veduta abbastanza generale per poterli attaccare al metodo della istruzione.

Articolo 162.

Qualunque istanza, risposta o altro atto relativo all'istruzione della causa, sempre che non sia stabilita una forma diversa, si fa per comparsa.

La comparsa indica il nome e cognome delle parti e dei loro procuratori, ed è sottoscritta dal procuratore.

Articolo 163.

La comparsa è notificata da un usciere per copia fatta e sottoscritta dal procuratore. La notificazione si fa mediante consegna della copia nell'uffizio del procuratore dell'altra parte.

L'usciere certifica la notificazione e la data di essa in fine dell'originale e della copia.

Annotazioni.

La notificazione (che significa *copia intera della comparsa*) si eseguisce *nell'ufficio del procuratore dell'altra parte*: il che discende dal preduposto generale del capoverso ultimo dell'art. 161. Esclude la necessità di consegnar l'atto in mano allo stesso procuratore.

Articolo 164.

Il procuratore del convenuto fa notificare a quello dell'attore la sua risposta entro giorni quindici dalla scadenza del termine della citazione.

Può anche rispondere nell'atto stesso, col quale notifica la sua costituzione a norma dell'articolo 159.

Annotazioni.

I due precedenti articoli sono generali o *normali*, il processo difensivo, la istruzione specifica, comincia coll'articolo presente. La citazione passò dalle mani del citato al suo difensore. Ma il primo termine (che è quello stesso della citazione) è accordato alla parte perchè pensi un poco ai casi suoi, raccolga i suoi documenti, ecc. Un secondo termine, e questo fisso di giorni quindici, che comincia a decorrere collo spirare del termine della citazione, è dato alla prima manifestazione della sua difesa scritta. L'art. 77 del Codice di procedura francese conta questo termine, che è pure di quindici giorni *du jour de la constitution*, che però da quei proceduristi s'interpreta come dicesse *dalla scadenza del termine della citazione*, in guisa che, se piacesse al procuratore di anticipare di qualche giorno la sua costituzione, il termine di quindici giorni gli resterebbe intero.

Articolo 165.

L'attore, entro giorni quindici dalla notificazione della risposta, può far notificare la sua replica; il convenuto, entro giorni quindici successivi alla notificazione della replica, può far notificare la sua controreplica, e così successivamente.

Annotazioni.

1. *È determinato il numero delle scritture difensive?* Questo articolo ben fa palese che il numero non è determinato. Facciamo due passi nella storia di questa legislazione. L'art. 161 del Codice sardo del 1854 poneva che il convenuto farebbe notificare la sua risposta (alla citazione) entro quindici giorni, entro quindici giorni dalla notificazione della *risposta l'attore poteva significare* (come allora si diceva) *la sua replica*, poi nei quindici giorni successivi alla notificazione della *replica*, il convenuto poteva notificare la sua *controreplica*. E si finiva qui. S'intende che dopo la citazione tre scritture, o cedole, o comparse difensive, come si voglian chiamare, potevano aver luogo prima della iscrizione della causa in ruolo di spedizione. Le stesse disposizioni si vedevano riportate negli articoli 151 e 152 del Codice del 1859; ma con questa giunta: *e così successivamente*. Si potevano adunque mandare altre scritture di quindici in quindici giorni a numero indefinito. E in quel tenore preciso suonano i nostri articoli 164 e 165. Noi che fummo educati in quei fòri ove la difesa si svolgeva amplissima e solenne, amiamo che, quando la natura dell'affare lo permetta, sia lasciata una certa libertà ai difensori, amiamo i larghi sviluppi. Con tutto ciò, benchè si tratti di attacco e di difese, il presente periodo è d'*istruzione* e non di *discussione*; nei sistemi odierni la discus-

sione è caratterizzata dalla contemporanea presenza di tutte le parti che sono essenziali al giudizio, e dal dibattimento simultaneo ed orale. *Ma quando avrà termine il primo momento del periodo d'istruzione che qui consideriamo?* Avrà termine colla iscrizione in ruolo, secondo il disposto dell'art. 173 (V. appresso).

2. *È in facoltà di una delle parti di rinunciare al diritto della difesa, ai termini rispettivamente assegnati, e anticipare la iscrizione in ruolo?* Lo riserbo all'esame dell'art. 174.

Articolo 166.

Quando la comparsa sia fondata su documenti, si deve offrirne la comunicazione per originale o per copia, eseguire il deposito degli originali nella cancelleria, e far notificare il deposito eseguito.

Articolo 167.

La comunicazione dei documenti si fa per mezzo della cancelleria, la quale consegna al procuratore dell'altra parte l'originale o la copia che sia stata a questo fine depositata insieme coll'originale. In quest'ultimo caso l'originale rimane in deposito nella cancelleria per tutto il termine assegnato a rispondere.

Annotazioni.

1. Il noto principio che i documenti prodotti diventano di diritto comune delle parti, è ben espresso colle sue conseguenze da Duparc-Poullain, t. IX, pag. 143. « En général « toutes les pièces produites deviennent de « plein droit communes à toutes les parties, « soit avant, soit après la communication. Dès « qu'une pièce est produite, chaque partie, en « effet, a acquis le droit d'en tirer les indu- « ctions nécessaires à sa défense ». È una delle garanzie della libertà giudiziaria, consacra il diritto della difesa.

La comparsa potrebbe non *esser fondata su documenti*, se si trattasse di una prova da farsi, di capitoli testimoniali, di proposta di giuramento, ecc. *I documenti devono offrirsi in comunicazione o per originale o per copia*, ciò significa che *originali* e non *copie* denno prodursi (*eseguire il deposito degli originali nella cancelleria*), ma che possono anche offrirsi in comunicazione le *copie*, producendosi per altro sempre gli originali. Benchè l'articolo 167 non sia per avventura redatto con quella chiarezza, che è sempre desiderabile, parmi non possa intendersi che ad un modo. Il cancelliere consegna al procuratore dell'altra parte *l'originale o la copia che sia stata a questo fine depositata insieme coll'originale.* Non è già questa una maniera alternativa, il cancelliere non può consegnare *l'uno o l'altra a sua scelta*, no, egli deve consegnare la copia, e lo dimostra evidentemente il seguito dell'articolo. L'originale rimane depositato in cancelleria *per tutto il termine assegnato a rispondere;* il procuratore contrario può sempre consultarlo, confrontarlo. È una cautela che ogni solerte difensore vorrà usare; saranno così evitate le spiacevoli applicazioni dell'art. 170, quantunque squisita educazione e lealtà sia oggidì la divisa del nobile ceto dei causidici. E dicendo *copia*, forse la legge volle dire *copia autentica?* Non credo, appunto perchè l'originale rimane sempre a disposizione in cancelleria, e per originale deve anche intendersi copia autentica. Aggiungo in conferma questa espressione dell'articolo 153 dell'ora cessato Codice di procedura sardo, ove parlando del *deposito degli originali*, si diceva *da ritenersi dalla segreteria per la sola loro visione.*

Vedremo che in altri giudizi più semplici la comunicazione dei documenti viene praticata in modo diverso.

2. Qui vengono opportune alcune ricerche.

a) Si ha diritto di chiedere alla contraria parte la partecipazione di atti o documenti indicati nelle sue difese, ma non prodotti?

L'opinione del Carré, che è affermativa, è un'autorità rispettabile senza dubbio, perciò solo accenno a una questione che, a parer mio, non ha veruna importanza in se stessa. « Nous avons déja dit (sono sue parole) que « l'on pourrait demander communication de « toutes pièces dont le demandeur entendrait « se servir, encore bien qu'elles n'eussent été « ni *employées*, c'est-à-dire, *citées*, ni *signifiées*, « c'est-à-dire *fournies par copie* ». Fa maraviglia che il suo perpetuo annotatore, il Chauveau, non abbia aggiunto verbo, nè pro nè contro. Ma in che mai si sostiene una tale opinione? Che vale, che profitta nominare un do-

comunicato e non produrlo? Se l'altra parte non concorda, se anche senza negare la possibilità della esistenza del documento si restringe nella eccezione *actore non probante* l'asserzione è per lo meno una inutilità, rimane senza influenza, e non avendo attitudine a nuocere, non investe di un diritto d'azione a compulsare un documento che, come suol dirsi, è fuori del mondo l'opponente, anzi tutto, mediante il presidio della eccezione. Questa è di fatti l'antica dottrina. « Instrumenta quidem « solum quibus usurus est edere actor debet. « Edenda autem sunt omnia quæ quis apud « judicem editurus est, non tamen ut instru- « menta quibus quis usurus non est, compella- « tur edere » (Donel., *De jure civ.* l. xxiii, c. 6, p. 11). *Usurus* si è detto, e non *usus est*, a significare, che nulla importa il dichiarare in seguito di non volere più valersi di quei documenti e di abbandonarli, *ne effecta sunt communia*. Ed è parimente inutile il protestare di non volere far uso del documento se non nelle parti utili, *quia non in potestate ejus est restringere vim probationis instrumenti in judicio producti* (Hillig. in Donel.).

Noi teniamo adunque la sentenza del Carré essere senza fondamento, o almeno insostenibile ai termini della nostra procedura. *L'attore è in piena facoltà di produrre i documenti che vuole, non si può pretender comunicazione che dei documenti prodotti.*

6. *Ma l'attore stesso può chiedere dal reo la esibizione di documenti di sua proprietà o comuni?* (Il che, a parità di ragione, si estenderebbe al reo, attore nella propria eccezione). La formola del quesito contiene le proprie condizioni. È una grande e importante limitazione del principio *nemo tenetur edere contra se*, e del noto aforisma che i nostri vecchi criminalisti, regnando la prova legale, invocavano spesso, *non sunt sumenda arma de domo rei*.

Porterò anche questa volta un passo di Carré, contento di trovarmi con lui. « On « peut également demander communication de « toutes pièces qui seraient communes aux « parties, par exemple, d'un partage fait entre « elles ou leurs auteurs ou d'autres actes réci- « proquement obligatoires, dont une des par- « ties aurait égaré le double » (Quest. 760 all'articolo 188 del Codice di procedura civile).

Quali sono i fondamenti di questa dottrina? In vero non possiamo chiederli alle moderne legislazioni, che non se ne occupano, o poco, o male. Ma l'imperatore Antonino fece questo rescritto, che è la Leg. 1 Cod. de edendo: « Qui « accusare volunt, probationes habere debent, « cum neque juris neque æquitatis ratio per- « mittat ut alienorum instrumentorum inspi- « ciendorum potestas fieri debeat. Actore enim « non probante, qui convenitur etsi nihil ipse « præstet, obtinebit ». In questo dettato un elemento avversativo o negativo, se meglio piace chiamarlo così, avverte che la teoria ha la sua limitazione nei documenti sui quali abbiamo un qualche diritto. Ma apertissima è la Leg. 7ª di quel titolo: « Procurator privatæ « rationis, *instrumentorum quæ communia tibi « esse cum fisco dicis*, describendorum facul- « tatem secundum morem fieri jubebit: et si « quando res exegerit, ad fidem petitionis « tuæ apud alium judicem probandam aliquid « eorum proferri, desiderante eo qui conve- « nitur, ut id fiat præcipiet ». Onde gli espositori, mettendo in rapporto le due citate leggi, notavano che in questo caso il convenuto non *petit aliena, sed sua*; che se la Leg. 7ª parla del fisco, lo stesso, *a fortiori*, avviene fra privati. Esempi sono: se Tizio e Caio comprarono un fondo in comune e ne fecero una sola scrittura; o se trattasi di coeredi, e alcuno di essi chieda al suo coerede avversario, che possiede i documenti ereditari, la esibizione di quelli che possono tornargli proficui nella questione che gli ha mosso contro. La quale, *actio ad exhibendum*, o compulsoria, se, vendicando la cosa mia da un terzo, posso esercitare eziandio contro il possessore del documento che non è in causa, onde lo esibisca e lo faccia patente nel mio interesse.

Fermiamoci a queste semplici nozioni, che nella ragione intrinseca appartengono al *diritto di proprietà*, e sono tema del Codice civile piuttosto che del Codice di procedura, se non che alla procedura spetterebbe descrivere il rito con cui la compulsoria dovrebbe eseguirsi. Ma la nostra è muta, e l'ordinamento del tit. x dell'ultimo libro ha evidentemente un diverso indirizzo. Ecco dunque un soggetto misto di *diritto* e di *ordinatorio*, non esaminato, e abbandonato alle tradizioni quanto al primo, alle induzioni e alle regole d'analogia quanto al secondo.

Materia di volumi io debbo restringere in brevi note, e mi affretto. Intanto sembra stabilito e posto fuori di questione il diritto di compulsare *dal mio avversario i documenti miei propri*, e domandarne la consegna assoluta, e i *documenti a me e allo stesso mio avversario comuni* e malgrado suo, di questi però non potrò pretendere che la esibizione o comunicazione, e quando io provi il mio attuale interesse. Si avverta bene ai principii che io pongo, fondati nella proprietà, e non in altra causa; il diritto di compulsare l'atto pubblico in mano

al notaio, parte da tutt'altra ragione. Onde ritengo che persino la procedura stabilita nel prefato titolo X è cotanto speciale che non può voltarsi a veruna applicazione nel presente subbietto. Ma io dico in due parole *che la compulsoria potrà anche proporsi per azione. la si dovrà se si tratta di un terzo* (vindicatio, o ad exhibendum), *e potrà proporsi, secondo i casi, come ogni altro incidente*, pendente la causa.

D'una in altra idea finisco coll'osservare le conseguenze di questo giudizio.

La dottrina è questa. Se la controversia è col mio stesso avversario che mi sta a fronte, provato che io abbia il *possesso* in lui, la *proprietà* o almeno la *comunione* in me del documento, ove egli non lo esibisca, *pro convicto habeatur* (Donel. ad Leg. 1, Cod. de ed., et in Leg. si possess. Dig. de probat.), e io vinco la causa. Se contro il terzo, l'azione si risolverà nella emenda dei danni e interessi.

Articolo 168.

Il procuratore che ebbe comunicazione dei documenti deve farne restituzione nel termine stabilito per rispondere.

Annotazioni.

La *comunicazione* viene fatta in due modi: colla ostensione dei documenti in cancelleria, se trattasi di originali di cui siano date anche le copie, o colla consegna degli originali, allora è il caso della restituzione. *Ma qual è il termine stabilito a rispondere?* Al punto in cui siamo del procedimento formale, il termine è di quindici giorni. Resta vedere se questa disposizione abbia un carattere di generalità, e così se abbiano un carattere di generalità col presente i due articoli che seguono.

Qui vuolsi innanzi tutto osservare che la *comunicazione per consegna* non avviene in ogni procedimento, che *avanti il giudice conciliatore* non ha luogo questo modo di comunicazione, che nel procedimento formale avanti i tribunali di commercio, i termini sono diversi; altro il metodo nelle cause dei pretori; onde il rito non può generalizzarsi. Se non che dove la legge sia meno esplicita, come lo è negli altri casi, si applicherà la regola di analogia.

Articolo 169.

Quando le parti contrarie a quella che fece la produzione dei documenti abbiano procuratori diversi, e siano depositati nella cancelleria documenti da comunicarsi in originale, se i procuratori siano più di due, il termine per rispondere è di giorni trenta per tutti.

Annotazioni.

1. La necessità di prolungare il termine della visura e dell'esame dei documenti nell'interesse della difesa produce il prolungamento stesso del *termine per la risposta*. Non più di quindici, ma di trenta giorni è questo termine. È possibile che ad ogni comparsa si portino nuovi documenti, ed ecco i termini, abbastanza prolissi, moltiplicarsi. Ciò per altro si verifica allora solo che vi siano *documenti originali* da vedere in cancelleria, ma il procuratore dell'attore non potrebbe evitare una sì lunga sosta colla cautela di comunicare le copie lasciando in cancelleria depositati gli originali? Precisamente al contrario. Già abbiamo visto (articolo 165) che gli originali si consegnano quando manca la copia, ora la diligenza che il procuratore si prenderà di unire all'originale la copia, avrà questo strano effetto che quello resterà bensì meglio guardato in cancelleria, ma se i procuratori avversari sono più di due, sarà costretto a lasciar passare un mese invece di quindici giorni.

2. **Questioni.** — *a) È forse prorogabile in qualche caso particolare il termine dato alla visura dei documenti in cancelleria?* Non resta che ricorrere alla regola generale scritta nell'articolo 47, e questa dunque applicheremo. Ma prorogare il termine della visione dei documenti vale prorogare quello della risposta che vanno di conserva, come ci avvisa l'articolo, essendo necessario alla risposta lo studio completo delle produzioni contrarie. E sia. Anche il termine a rispondere potrà prorogarsi concorrendo le circostanze dell'art. 47, o aversi per prorogato insieme all'altro. In senso e con leggi più rigorose. V. intorno a ciò Dalloz, *Repertoire*, t. IX, p. 520, n° 25; Chauveau, in Carré, quest. 460, Thomine, t. I, p. 215, Boncenne, t. II, p. 333.

b) Se posteriormente al periodo della istru-

zione scritta che qui si contempla, si producano documenti, gli stessi o diversi termini saranno dati ai procuratori contrari all'oggetto di esaminarli? Avvertasi che la produzione di nuovi documenti non è libera, che vi è un momento nel quale è vietata ed è *quando la iscrizione della causa a ruolo è rimasta ferma* (art. 174). Ma sino a quel momento come si può scrivere difeso, così nuove produzioni potranno farsi. Qual termine sarà dato alla visura? Sempre quello che è assegnato alla risposta (art. 174). Del resto se l'altra parte non ha diritto di rispondere, io credo che si farà semplicemente la comunicazione, lasciando gli originali in cancelleria per esser veduti, il tribunale in qualche grave caso potrà prescriver termine al deposito; ovvero comunicato l'originale, prefiggerne alla restituzione. In generale i tribunali hanno in siffatte materie un limitato potere discrezionale, modellato alle circostanze (sentenza della corte di Bordeaux, 10 dicembre 1827, *Journ. Arrêt de Cour*), ove però fu deciso che la domanda a statuire su controversie di comunicazione di documenti si forma per via di conclusioni o, come ora diciamo, comparse. È stato ancora ritenuto che si può ridomandare in appello (da nuovi difensori) comunicazioni di documenti già comunicati in prima istanza (Pigeau, *Proc.*, tom. I, pag. 192; Boncenne, tom. II, pag. 432, ecc.), e dipende dalla qualità del documento, dall'indole della causa, da circostanze personali, onde il giudice potrà assegnar congrui termini. Posso citare in appoggio l'autorità del Boitard (t. I, n° 413). Illustrando l'articolo 188, dice: « En effet de nouvelles pièces pourront être signifiées *dans toute la durée du procès*. Je puis, aux derniers moments de l'instance, alors qu'une pièce m'est signifiée, avoir intérêt à en requérir la communication ». E come quell'articolo parla d'una comunicazione *entro tre giorni dalla notifica* (disposizione che non è nel Codice italiano), soggiunge che secondo l'interesse che può presentare la produzione, o che io posso avere, « aussi est-il *abandonné à la prudence du tribunal*, après ces trois jours expirés, d'accorder ou de refuser la communication donné par l'une des parties ».

Articolo 170.

Quando il procuratore non restituisca nel termine stabilito i documenti, il presidente, sull'istanza della parte interessata e sentito esso procuratore, ordina la restituzione immediata dei documenti, e può condannare il procuratore al pagamento di lire cinque, a titolo di danni, per ciascun giorno di ritardo.

Quando entro due giorni dall'ordinanza, se pronunziata in contraddittorio, o dalla notificazione se pronunziata in contumacia, il procuratore non abbia restituito i documenti, l'autorità giudiziaria, sull'istanza della parte interessata, previa citazione in via sommaria, può ordinarne la sospensione per un tempo non maggiore di giorni novanta.

Annotazioni.

1. La istanza *si fa dalla parte interessata*. Il procuratore della parte interessata non avrebbe questa facoltà, e qualche autore osservò (secondo la legge francese non punto diversa) che si volle così evitare al procuratore l'odio di siffatta domanda, non senza sospetto per la relazione che suole contrarsi fra uomini della stessa professione, usi a vicendevoli riguardi fra loro (Carré, nota all'articolo 191). La ragione diretta pare che sia la qualità dell'atto che non è nelle ordinarie funzioni del difensore, e muove da un fatto che non poteva essere preveduto nella commissione del mandato. Che munito di speciale mandato, il procuratore possa far quella istanza, e iniziare questa specie di procedura penale, non dovrebb'esser contesa.

2. Qui si parla di *restituzione di documenti*; e dovrà intendersi di documenti originali o di copie autentiche di cui siasi fatta la consegna: di copie semplici no certo, non potendo venire sotto nome di *documenti*. Questo articolo almeno non sarà applicabile.

3. Fra le pene solevasi annoverare l'arresto che questa legge ha tolto. Due ne restano, la multa giornaliera, la sospensione. Quella è facoltà del presidente; questa dell'*autorità giudiziaria*, cioè del tribunale civile o della corte avanti cui pende la causa. Una volta che si è attribuita al presidente la facoltà di applicare la prima delle indicate due pene, fa un po' meraviglia che *dopo due soli giorni*, prima cioè d'aver veduto l'effetto della tediale, ossia della multa giornaliera, si possa convolare a più

grave giudizio. Checchessia, questa è la legge. *Ma istruito il giudizio perchè si pronunci la sospensione, seguiterà a correre la multa, oppur no?* Io veramente credo che continui, non trovando scritto che il giudizio che s'introduce avanti l'autorità giudiziaria renda inattiva, privi della sua efficacia, l'ordinanza del presidente. L'unico mezzo per tenerla in sospeso sarebbe il reclamo al tribunale contro la ordinanza del presidente, quando fosse ammessibile, intorno a che vedi la nota 3 all'art. 174. Del resto, finchè la maggior pena non è pronunciata, finchè pende il giudizio, non vedrei perchè la prima dovesse cessare. La parte, così facendo, non vi rinunzia per certo, e la legge forse ebbe ciò stesso nelle sue considerazioni, affinchè il procuratore percosso da quella molestia d'ogni giorno si risolva al dovere, e sfugga per suo vantaggio la ignominiosa condanna. Forse fu in questa previdenza che la legge limitò la mora a soli due giorni, onde intese porre un intervallo al giudizio della sospensione, lasciando però alla pena pecuniaria libero il corso. Deve poi tenersi per indubitato che pronunciata la maggior pena, la prima cessa immediatamente.

4. **Questioni** — *a) L'articolo 170 è forse applicabile fuori della presente sede? o in altre parole, questo articolo penale è generale o particolare ai procedimenti formali avanti i tribunali civili e le corti d'appello?* Motivo di dubitare potrebb'essere il non vedere questa severa o altra simile misura compresa nelle *disposizioni generali*, il vederla allogata nelle regole del procedimento formale, il trattarsi di una penalità che di sua natura non ammette estensione da verun lato, nè per la sostanza nè per la forma, ma deve applicarsi a rigore. Se non che può veramente sostenersi che questa sanzione sia proprio affissa al procedimento formale avanti i tribunali civili e le corti d'appello, ed a quel rito appartenga come una delle sue manifestazioni e dei suoi modi di essere? No, per certo, se l'articolo 170 fosse stato portato nella categoria delle regole generali, avrebbe potuto starvi, come a dire, indipendente e da sè. Aggiungasi che una ragione identica milita in ogni altro caso in cui un procuratore, a cui fu consegnato un importante documento, ricusi di restituirlo (restandogli però sempre aperta la via a giustificarsi). Non si tratta di dare estensione ad una legge penale, ma di comprenderne la portata. Quale assurdo, quale contraddizione nella legge che il procuratore, che in causa civile abusa o invola un documento, debba soggiacere a sì grave coercizione, e possa impunemente farlo in una causa avanti il tribunale di commercio?

Posto ciò in principio, una grave obbiezione rimane a sciogliere, ed è come mai possa il rito dell'articolo 170 eseguirsi avanti un giudice singolare, un conciliatore o un pretore, il quale dopo avere emessa l'ordinanza di preavviso e d'ordine, dovrebbe pure decretare la sospensione, pena che troppo chiaramente sembra riservata all'autorità collegiale avanti cui pende la causa, essendo ciò vieppiù dimostrato dall'essere l'ordinanza data al potere del *presidente*, il che suppone appunto la collegialità.

Ma io escludo dalla mia ipotesi il giudizio del conciliatore o del pretore. Ivi non è ammesso il ministero del procuratore. Quanto alla portata e all'applicazione dell'articolo 419 vedremo a suo luogo.

Resta dunque a parlare del tribunale di commercio. Ivi non è rituale doversi al procuratore, quando ci sia, fare la comunicazione per consegna dei documenti, ma ho supposto che siasi fatta, e in qualche grave caso permessa dallo stesso tribunale, e domando quale, non volendosi restituire il documento, dev'essere la procedura? È d'uopo anche consultare i principii della competenza, osservando nel resto la regola d'analogia.

Soltanto i tribunali civili e le corti d'appello, a mio fermo avviso, *sono investiti della facoltà di pronunciare la pena della sospensione*. Nol potrebbe il tribunale di commercio, essendo fuori delle materie di sua competenza. Opino per altro che il presidente del tribunale di commercio possa emettere l'ordinanza, di cui nella prima parte dell'art. 170, stando ciò nel termini di una coercizione disciplinare. Ma perdurando la mora del procuratore, *si potrà promuovere il giudizio della sospensione avanti il tribunale civile* con una azione distinta, con un giudizio *ex novo*, nel quale la ordinanza del presidente del tribunale di commercio non verrebbe in esame se non come mezzo e documento a provare la mora già incorsa.

b) Passato senza effetto anche il tempo della sospensione, quale altro rimedio compete alla parte interessata per riavere il documento? Nessuno, se parliamo dell'oggetto specifico, perchè a prestare il fatto specifico nemo compelli potest. Ma subentra la disposizione generale di ragione: *vi sarà diritto al risarcimento del danno*.

Io penso che l'autorità giudiziaria che infligge la sospensione potrà ordinare che, scorso il termine che vi avrà assegnato, il procura-

tore renitente debba soccombere per ultimo risultato alla emenda del danno. Imperocchè, sebbene si tratti di una vera pena, essa però contiene anche il carattere di *vis compulsiva*, incitante alla riparazione, come si deve ritenere finchè la condanna reale (a prestare il *quantum abest re non restituta*) non è pronunciata. Che se la condanna fosse pronunciata, resterebbe il carattere puramente penale. Per es., se il tribunale assegnando un nuovo termine, dopo quello condannasse il procuratore ai danni e alla sospensione, e sarebbero due condanne distinte. Nel caso inverso si procederebbe alla sospensione per un tempo non maggiore di novanta giorni, sino a che il documento fosse restituito, e passati i novanta giorni, per non esserci altro a fare, si finirebbe il triste piato colla condanna al risarcimento dei danni. Tutti modi che io credo essere nelle attribuzioni del tribunale.

Articolo 171.

Le istanze accennate nell'articolo precedente possono farsi dalle parti in persona, e dirigersi anche al ministero pubblico.

Le sentenze di condanna indicate nello stesso articolo sono appellabili solo in quanto riguarda la sospensione

Annotazioni.

1 Se ciò che si prepone nel primo periodo dell'articolo non è un pleonasmo, il concetto dell'articolo 170 *sulla istanza della parte interessata* dev'essere diverso da quello quivi enunciato. E lo è. La differenza sta fra la *istanza scritta* e la *verbale*, fra la istanza rivolta al presidente, e quella fatta al pubblico ministero Ho detto istanza *scritta* nel primo caso, e dev essere così, in relazione all articolo 50. *Il decreto è scritto in fine del ricorso* la istanza deve quindi essere *scritta* a domande verbali delle parti non risponde mai con decreto l'autorità giudiziaria. Il pubblico ministero valendosi della istanza *che la parte gli ha fatta in persona*, nell interesse dell'ordine, nello zelo della giustizia, s interpone e porta al giudice la sua uffiziale domanda è nel suo diritto Sembra che la legge abbia voluto evitare alla parte l odio di una domanda diretta.

2 Il capoverso dell'articolo induce un po' di dubbiezza, esige almeno qualche schiarimento. *Le sentenze di condanna*, si dice, *sono appellabili* Si è già osservato che l'autorità giudiziaria (tribunale civile o corte d'appello) potrebbe benissimo proferire altra condanna oltre quella della sospensione, quella cioè dei *danni reali* non confondibili colla multa, benchè pur essa a titolo di danni. È chiaro che la sentenza del tribunale *sarà appellabile per l intero*, ossia rapporto a tutte le condanne che comprende. L'articolo non è esattissimo nella sua dizione, dalla quale si dedurrebbe che ogni sentenza è appellabile, qualunque sia l'autorità giudiziaria che la proferisce, ma è pure evidente che non lo sarebbe la sentenza pronunciata dalla corte d'appello.

3. **Questione.** — *Se sia dato diritto di opposizione o reclamo contro la ordinanza del presidente.* Dalle ordinanze o decreti del presidente non si dà appello *non si appella che dalle sentenze* (articolo 465), e la ordinanza o decreto del presidente non è una sentenza. Il metodo sarebbe di portare reclamo all'intero collegio, se ciò fosse permesso. È egli permesso in questo caso, non volendo noi per ora formarne una regola? Non nego di essere stato in forse, e mi libero appena dalla mia esitanza Mi teneva incerto il riflettere che la cosa per sè è ben grave, posto che il decreto del presidente è decisivo della questione del diritto, cioè della domanda diretta ad ottenere la restituzione del documento che il procuratore potrebbe contestare. Certo è ancora che tale decreto inchiude una vera e non lieve condanna nella multa giornaliera, che può protrarsi a un tempo che la legge non definisce, e dipenderà dall'arbitrio del presidente il limitare. In relazione di precedenti Codici sardi, può osservarsi che tanto per l'articolo 183 di quello del 1854, che dell articolo 179 di quello del 1859, questa era faccenda tutta del tribunale, non del presidente. Rammentiamo che l articolo 191 del Codice di procedura francese risoluzioni anche più gravi affida bensì al presidente (sino all'arresto personale), ma pone a costa il rimedio; e nell'articolo 192 *si accorda la opposizione.*

Malgrado la forza di questi argomenti, io mi penetro dello spirito del nuovo sistema, e parmi di vedere *che la ordinanza del presidente non è suscettibile di reclamo od opposizione.* Primieramente alla legge non costava che una parola, e questa parola non pronun-

ziò. Dire che è ammessa l'opposizione, sarobbe aggiunger quello che non sta scritto nella legge. Nel sistema generale del Codice trovo che, o non si fa uso della opposizione contro le ordinanze o decreti dei presidenti e dei giudici delegati, o si dichiara espressamente quando si concede; forse perchè a tali giudici spiccati, a così dire, dal seno del collegio, si affidano funzioni che devono esercitarsi speditamente, prontamente, e senza ostacoli da intralciare e protrarre le procedure oltre il disegno che il legislatore si propose. Ho riflettuto che una interpretazione estensiva, rare volte permesso in queste materie, tanto letterali e positive, si farebbe esempio di altre simili interpretazioni, estensive in altri casi di decreti e di ordinanze ove la legge tace o se una volta si supplisce al silenzio, non vi sarebbe ragione perchè in altre non si potesse supplire Se nel precedente Codice, che il legislatore si teneva avanti gli occhi in atto di riformatore, se nel precedente Codice, io diceva, *aveva luogo la udienza*, con citazione *d'ordine del presidente* o *del giudice commesso* ma certamente con giudizio del tribunale, se nel nuovo sistema le funzioni si divisero; se la minor pena fu subbietto di semplice ordinanza, e la maggiore fu mantenuta alla giurisdizione del tribunale, tutto ciò fu dunque ponderato, e rappresenta la volontà del legislatore: insomma è una riforma calcolata e voluta. Noi non possiamo cancellare questa riforma e far ritornare le cose pressochè nel sistema antico. La diversa disposizione del Codice francese mi persuade ancor più. La condanna proferita dal presidente era una vera condanna per *defaut*, una condanna in contumacia. Onde osservava il Carré, « *Ces condamnations ne doivent pas avoir plus de privilege qu'une condamnation par défaut, et c'est pourquoi l'article* 191 *permet de les attaquer par la voie de l'opposition*, qui comme tout autre doit être signifiée en forme de requête (ricorso), et contenir les moyens, et est portée, sur un simple avenir (istanza senza citazione), devant le tribunal qui la juge sommairement, et prononce comme il est dit en l'article précédent » (Carré, *Lois de procedure*, all articolo 162).

Articolo 172.

I termini per rispondere e per qualunque altro atto d'istruzione possono per giusti motivi essere abbreviati dal presidente, col decreto che permette la citazione a breve termine, o anche in corso di causa, sentite le parti.

§ 3.

Dell'iscrizione della causa a ruolo, delle comparse conclusionali, e dell'estrazione della causa dal ruolo di spedizione

Articolo 173.

Quando sia decorso per tutte le parti il termine per comparire e per rispondere, la parte che vi ha interesse può far iscrivere la causa sul ruolo di spedizione.

La parte che non vuole rispondere può farla iscrivere anche prima della scadenza del detto termine.

L'iscrizione della causa è notificata all'altra parte

Annotazioni.

1. La iscrizione in ruolo di spedizione fa cessare l'istruttoria la causa è matura per esser portata all'udienza. Ma la iscrizione, come vedesi dagli articoli che vengon dopo, *non è definitiva* la istruttoria può riaprirsi, ma questa volta la legge vi pone un limite assoluto.

2. L'iscrizione in ruolo è opera del cancelliere; ma lo stesso procuratore, come suol farsi in pratica, fornisce al funzionario i dati opportuni

Il *ruolo generale di spedizione* è un registro di cancelleria, diviso in colonne, che contiene le *annotazioni* indicate dall'articolo 214 del

Regolamento per la esecuzione del Codice di procedura civile, ecc., del 14 dicembre 1865. Alcune delle annotazioni devono fornirsi dal procuratore, a cui diligenza si procede alla iscrizione, e non si possono che da lui. Nel tempo stesso consegna alla cancelleria gli *atti della causa* (articolo 215). « La notificazione della iscrizione prescritta dall'ultimo capoverso dell'articolo 173 del Codice di procedura civile *deve farsi entro due giorni dalla sua data* (ciò è regolamentare), con biglietto in carta libera, da un usciere, che ne scrive sugli atti la relazione. Questa è presentata dal procuratore istante al cancelliere, che ne prende nota alla colonna ottava del ruolo di spedizione » (articolo 216).

3. Quando s'intende *decorso per tutte le parti il termine per comparire e per rispondere?* Avverto che questa è una formola nuova, ed anche un pochino mi sia permesso il dirlo, equivoca. Se la legge lo avesse essa medesima fissato questo termine, sarebbe conto piano; ma gli è che non l'ha fissato. Dagli articoli 164 e 165 ci risulta che attore e convenuto si combattono o si possono combattere con vicendevoli comparse di quindici in quindici giorni, e *così successivamente*, senza dichiarare sin quando e chi sarà l'ultimo a scrivere. Ciò che abbiamo di certo si è che la parte che *non vuol rispondere* può farne a meno, e procedere alla iscrizione in ruolo. Di questo diremo un po' più avanti. Intanto la prima parte dell'articolo suppone che non per rinunzia al diritto di rispondere, ma per esaurimento di difese, per lasso di termini e per maturata e compiuta istruzione, si proceda alla iscrizione. Si domanda anche una volta, quando tutto questo si verifica? Ora che tocca a me il rispondere dico che non lo so. Sono costretto a congetturare. Bisogna ch'io mi finga abbastanza matura la causa dopo un certo scambio di difese. La citazione è la prima e solenne manifestazione dei diritti dell'attore; il convenuto risponde, replica l'attore; il convenuto manda una controreplica, che una volta si chiamava *duplica*. Qui il corso difensivo, prima della iscrizione in ruolo almeno, sembra proprio finito. Ciò era nelle nostre pratiche, *ciò è razionale*. Se adunque il convenuto, dopo la sua controreplica, passa senz'altro alla iscrizione in ruolo, sembra esser in regola.

La diligenza del cancelliere vorrà indagare se veramente sia venuto questo tempo, che qui sta come condizione della regolarità della iscrizione in ruolo. E sarà cosa buona, ma il cancelliere non ne sarà il giudice. Per altro una iscrizione in ruolo prematura potrebb'essere dichiarata invalida dal tribunale invocato con domanda incidente, per dar luogo alla difesa che si fosse tentata di preoccupare e precludere.

Ma ciascuno è in facoltà di rinunciare al beneficio indotto a suo favore: questo dice l'articolo nel secondo periodo, e se ne può anco dedurre che *nessuna difesa* potrebbe apparire, se fingiamo che il convenuto, appena ricevuta la citazione, rinunciando ad ogni risposta, convoli alla iscrizione e chiuda la causa. Questa conclusione è esattamente nei termini della legge, quantunque potesse sembrare strana una istruttoria in processo formale senza un filo di difesa.

Ma vi è qualche cosa nelle prime parole dell'articolo 164 da muovere un dubbio. La legge si esprime in questo modo: *il procuratore del convenuto* FA *notificare a quello dell'attore la sua risposta*... e poco appresso con notevole discretiva, vi è *anche rispondere nell'atto stesso*. Sarebbe forse un obbligo del procuratore del convenuto di rispondere la prima volta, *potendolo* anche far tosto, rinunciando alla comodità di un più lungo termine? Non si dovrà conoscere dal giudice anche quello che si voglia, quello che sarà per dire il convenuto? Ma reputo quella discretiva poco concludente: la difesa può e si deve largamente permettere, imporre non si può: tanto vi è lesione di libertà nel toglierla, quanto nel costringere a farla.

Articolo 174.

La parte cui fu notificata l'iscrizione a ruolo può far notificare all'altra parte una nuova comparsa nel termine perentorio di giorni quindici.

Se questa risponda, cessa l'effetto dell'iscrizione a ruolo, ma le spese dell'iscrizione e della relativa notificazione sono rimborsate dalla parte che fece notificare la nuova comparsa.

Se non sia notificata alcuna nuova comparsa, o se la parte a cui fu notificata dichiari di non voler rispondere, o non risponda nel termine ordinario, l'iscrizione rimane ferma.

Annotazioni

La iscrizione in ruolo, nel suo primo tratto, è *semplicemente condizionale*, e *si risolve* all'apparire della difesa, che la parte contraria a quella che fece eseguire la iscrizione, ha diritto di produrre nel *termine perentorio di quindici giorni*. Vi è diritto di rispondere, ma non di replicare, e questo pure è notevole. Ond'è che se una parte, per stanchezza di scrivere, vi rinunciò per definire la causa, facendo porre al ruolo di spedizione, si sente venire addosso un'altra difesa contraria, contro la quale non può farsi schermo. In tutti i casi ogni atto dopo la iscrizione in ruolo rimane sospeso fintantochè sia passato il termine ordinario della risposta, eccettochè la parte che ne ha il diritto non vi rinunzi. In questo proposito l'articolo 218 del *Regolamento* 14 dicembre 1865. « Verificandosi il caso previsto nel primo capoverso dell'articolo 174 « del Codice di procedura civile, il cancelliere, « sulla presentazione della nuova comparsa, « che il procuratore che l'ha sottoscritta deve « fargli non più tardi del giorno successivo a « quello della notificazione della parte contraria, cancella la iscrizione precedentemente fatta, mediante apposita indicazione « sul ruolo di spedizione alla colonna delle « osservazioni e a margine della comparsa medesima. Il procuratore che contravviene alla « suddetta prescrizione, incorre nell'ammenda « di lire venti ».

Articolo 175.

Rimasta ferma l'iscrizione della causa a ruolo, non è ammessa alcun'altra comparsa, salvo quella indicata nell'articolo seguente, eccetto si tratti di deferire il giuramento decisorio

Annotazioni.

1 La *iscrizione scritta*, che giunta ad un certo stadio si arresta e dà luogo all'orale; è una felice combinazione dei nostri sistemi, la cui eccellenza è provata specialmente nel grande criminale, per dirlo alla francese. Una profonda differenza, che è della natura dei due processi, fa che in penale la istruzione scritta non sia che preparatoria, rappresentando una collezione di materiali che la discussione orale accerta, depura, innova o trasforma, laddove nel processo civile i fatti storici, fondamento della prova, hanno la loro manifestazione propria e anteriore alla udienza in cui si discutono le ragioni Tuttavia anche nel processo penale vi è un momento in cui si fissano i termini dell'azione, e diventano invariabili, è il momento in cui si spiega l'*accusa*; *dopo l'accusa* comincia la discussione analitica, ma si svolge tutta intorno a quel perno: *l'accusa* circoscrive il giudizio, porge la misura agli esperimenti delle prove e alle ricerche, determina l'oggetto della decisione. In civile non è meno essenziale il fermare la questione in termini bene definiti ma la legge ha creduto di poterlo fare con ampiezza quale in criminale non si potrebbe. Di tre parti distinte consta il processo contiene le *domande*, i *documenti* che vi dànno appoggio, la *dimostrazione*, che è la parte razionale. Quest'ultima ha ancora una manifestazione sua sotto forma di *conclusionale*, come diremo al seguente articolo; le *domande* però che interessano precipuamente la posizione della causa, rappresentandone l'oggetto, sono invariabilmente fissate, *actum est*, e le stesse conclusioni finali non fanno che riassumerle e presentarle in termini più netti e più chiari. Può anche darsi, lo abbiamo già detto in qualche altra nota, che la citazione non sia stata seguita da veruna oppugnazione del convenuto, da veruna eccezione, non gli sarà tuttavia interdetto di proporre egli pure una conclusionale. La legge va più avanti proibisce la *produzione di nuovi documenti* (Vedi articolo seguente).

2. Domando licenza di anticipare sul seguente articolo in cui la proibizione è scritta. Mi giova riunire a questo punto alcune osservazioni, che non mi verrebbero così acconcie in altro luogo, anche perchè ho il presentimento di dover fare sull'articolo seguente un discorso alquanto lungo.

Lo scopo che si ha in vista, di determinare la posizione della questione, non sarebbe raggiunto se si permettesse la produzione di nuovi documenti. Questo è almeno lo spirito della legge. in astratto potrebbe disputarsi della bontà o anche della verità di tale proposizione; ma questa è la legge. Nel precedenti codici era stato posto un lenitivo a tanto rigore — *se il producente giurasse di non aver avuto prima notizia della esistenza di quei documenti* — era abilitato a produrli. Il sistema era imbaraz-

zante quanto illogico. Imbarazzante per gli inevitabili indugi di simili incidenti, per le contestazioni che ne sorgono. Illogico, perchè si faceva dipendere una regola d'ordine giudiziario da cause meramente accidentali e subbiettive. Quella clausola è stata levata. Quando termini più lunghi e copiosi furono già dati, deve bastare se in altri giudizi il tempo stringe di soverchio, e tuttavia bisogna affrettarsi, non si deve poi cadere nell'eccesso opposto nei giudizi ordinari: simile ragionamento avrà fatto a se stesso il legislatore.

Potrà dubitarsi *quali siano i documenti nuovi* (articolo 176). Se la legge avesse detto — non si possono produrre *altri* documenti — sarebbe riescita più chiara. Sono documenti *nuovi* quelli che hanno una immediata relazione coi già prodotti, che valgono a chiarirli, o da essi derivano, e ne sono come uno sviluppo e il complemento? Si disputa di una divisione o di assegnazioni di parti, e mentre l'attore pretende all'assegnazione di tre fondi, il convenuto trova una scrittura, un atto qualunque, che prova letteralmente due di questi essere stati assegnati a lui. Più ancora. Si domanda un pagamento: si porta la quietanza. Dovremo rifiutarla trattandosi di *documento nuovo?* È possibile che il giudice voglia caricarsene la coscienza e condanni perchè la legge lo costringe a volger gli occhi dalla quietanza che gli è stata presentata? Io non so bene se il legislatore abbia messa là quella parola colla intenzione non approfondita di non volere altri documenti qualsiansi; ma so anche che il legislatore, espressamente interpellato, avrebbe risposto che la sua formola deve intendersi in un modo ragionevole ed equo, in quello che sarebbe conforme alla giustizia. Porremo dunque questa massima, che stimiamo giusta: *documenti nuovi intendonsi quelli che non hanno un conveniente rapporto coi documenti prodotti e cogli atti della causa; ma tendono a cangiare, non tanto lo stato della questione, quanto piuttosto la sua qualità e carattere.*

3. Si è sempre fatta una limitazione al rigore della ordinatoria *a favore del giuramento decisorio.* Generalmente il giuramento decisorio è tale sovrano rimedio che si ammette in qualunque stato della causa (articolo 220). Rispetto alla coscienza, è la libertà; rispetto alle lunghe e faticose evoluzioni del processo, è il troncamento di tutte le questioni; rispetto alla verità, è l'ultimo grado di perfezione che la sua dimostrazione possa umanamente raggiungere.

Articolo 176.

Le parti devono riassumere in una comparsa il fatto della causa, le loro conclusioni e i motivi delle medesime, senza che possano produrre nuovi documenti, nè fare nuove istanze o eccezioni.

Questa comparsa è notificata da un procuratore all'altro nel termine di giorni quindici da quello in cui l'iscrizione a ruolo rimase ferma, sotto pena di ammenda di lire dieci.

Annotazioni.

1. **Generalità.** — *Conclusione* è la domanda specifica e formale che si fa nel corso del giudizio sia per ottenere (*in petendo*), sia per respingere (*in excipiendo*); specificazione che distingue gli *oggetti* della questione dalla folla degli argomenti dimostrativi, e con formole precise sottopone gli oggetti medesimi alla determinazione del giudice. È la conclusione *che investe il giudice di giurisdizione a pronunciare sulle proposte dei contendenti*. La prima e fondamentale è radicata nell'atto stesso di citazione; le *comparse* ne contengono delle altre per l'attore o pel reo, però in relazione logica con quella che è prima e fondamentale, e dà, per così dire, il tuono, ed anima tutto il giudizio. La conclusione si riflette di tutta la sua forza nella sentenza, la sentenza riceve da essa la materia del giudicare; è valida o nulla in quanto corrisponda o no alle conclusioni; le cose giudicate vanno a cercare i fondamenti nelle conclusioni. Onde il Merlin disse: « Les conclusions sont regardées comme une partie essentielle de la procédure, à laquelle on ne saurait prêter une attention trop sérieuse ».

2. *Forme delle conclusioni.* Sono *principali* o *sussidiarie.* Accade molto frequentemente che nel dubbio di ottener tutto ci rassegniamo, se la prima non si troverà ammissibile, a conseguire di meno, e mettiamo avanti una prima domanda subalterna, poi una seconda, forse una terza, e più ancora; *le quali domande sussidiarie non importano*, ciò è riflessibile, *un'anticipata acquiescenza alla sentenza di ri-*

sario ripetere le materie articolate, i capitoli esibiti, ecc. (cassazione, 12 maggio 1858, Bettini, vol. XI, part. II, pag. 237), bastando riferire ciò che vi ha di sostanziale nel subbietto, precisando però la stessa domanda, il che è di necessità assoluta, essendochè quella formola dovrà passare nella sentenza, e starvi come base e termometro del giudicato, e nel resto richiamando con esattezza le precedenti comparse. Altra volta è stato detto, e parmi pure con ragione, che senza vizio di novità si può nella cedola conclusionale, come allora si chiamava, domandarsi la *eseguibilità provvisoria della sentenza*, non domandata innanzi, considerandosi come una conseguenza o sviluppo dell'anteriore concetto (Genova, 2 marzo 1857, Bettini, vol. IX, part. II, pag. 150). E bastino gli esempi.

e) *Le domande di semplice istruttoria sono comprese nel divieto delle domande ed eccezioni nuove?* Rispose negativamente la corte di Nizza, 11 luglio 1856 (Bettini, vol. VIII, II, 806). A tali domande non si impone certo limite, seguendo il naturale svolgimento del processo.

f) *Come si discutono le questioni che nascono sul carattere da attribuirsi alla comparsa riassuntiva?* Ciò può esser materia di speciale domanda, onde il tribunale formalmente si occupi della questione (Dalloz, *Repertoire*, concl. n° 16).

g) *Quale sarà la conseguenza se la comparsa non è notificata secondo l'articolo?* C'è la multa di dieci lire! Parlo francamente non mi sarei aspettato dal nuovo Codice, a più di un titolo degno di elogio, la ripetizione di questa bassa, umiliante inutile pena! Ma pagata l'ammenda, che ne verrà? si potrà ovviare alla notificazione? se la notificazione è tardiva? Nel primo caso al procuratore contrario resta sempre il diritto che la notificazione gli venga fatta. Nel secondo potrà chiedere comodità di termine, un rinvio. La notificazione, come ognun vede, è sostanziale, le circostanze diranno se sia da impartirsi un altro termine.

Avvertenza. — L'articolo 221 del regolamento per la esecuzione del Codice di procedura civile dichiara: « La comparsa conclusionale, prescritta dall'articolo 176 del Codice di procedura civile, deve contenere, oltre quanto è stabilito in esso articolo, le indicazioni ordinate nell'art. 200 del presente regolamento. In margine all'atto conclusionale si noteranno la data dell'atto di citazione, e delle comparse da cui sono desunte le conclusioni col richiamo al numero delle pagine in cui sono formulate ».

Della essenza ed ufficio delle comparse conclusionali nei procedimenti formali (art. 164, 165, 173, 174, 175, 176, 394 e seguenti).

Di tutti gli atti della procedura istruttoria nei procedimenti formali il solo veramente necessario è la *comparsa conclusionale*. Facoltizzare le parti a sviluppare largamente i loro mezzi di difesa, ecco lo scopo del legislatore; ma o la causa non comporti realmente tanto studio e replicate trattazioni, o le parti non vogliano dispendiarsi con molte scritture, la legge non obbliga nessuno. Il corso della istruzione può fermarsi alla prima risposta del convenuto (articolo 164), l'attore può tacersi, contento alla esposizione fatta nel suo libello. Rinunciando al rispondere, iscrive la causa al ruolo. Passati i termini dell'articolo 175, e non essendosi presentata alcuna scrittura, non rimane alle parti che obbedire alla disposizione dell'articolo 176, producendo nel termine di legge la *comparsa conclusionale*. Si può anche immaginare che lo stesso convenuto trovi non convenirgli alcuna risposta, e non si prevalga del diritto che ha dall'articolo 164, e in tal modo la comparsa conclusionale componga tutto il materiale della difesa scritta.

Non così è lasciata in arbitrio delle parti la comparsa conclusionale. Allora la legge assume un linguaggio *imperativo*, non usato innanzi: *le parti* DEVONO *rimettere*, ecc. E veramente per la integrità e completezza del giudizio non è necessaria che la conclusione dell'attore nel termine dell'articolo 176. La causa altrimenti non sarebbe istrutta, la citazione col documenti relativi presenterebbero gli elementi di un processo, non un vero processo, e la istanza medesima dovrebbe credersi abbandonata. Mancherebbe la caratteristica essenziale del rito formale, e si farebbe invece un processo sommario alla udienza. Il tribunale deve poter riflettere sulla causa, prima dell'udienza, conoscerla quanto veramente è da quello scritto definitivo che fissa la domanda e la posizione delle questioni, dopo il quale non ci sono che sviluppi e illustrazioni.

Ho detto non essere necessaria alla completezza del giudizio la conclusionale del convenuto, il quale in tal modo si condanna al silenzio e rinunzia ad ogni difesa che non potrebbe più fare alla udienza. L'udienza nei giudizi formali non può esser mai esposizione di mezzi e scopi inauditi, la discussione che ivi ha luogo ha il suo sostrato, la sua base necessaria nella comparsa conclusionale, nella

quale si circoscrive ciò che vi ha di sostanziale nella difesa di entrambe le parti.

Lo stesso è a dire del procedimento formale nelle cause di commercio. Quantunque nell'articolo 391 si usi la espressione — *il convenuto deve* — il significato è semplicemente quello del *fa notificare* dell'articolo 161. *Deve* perchè non rispondendo in quel termine abdica al suo diritto di presentare altre risposte prima della comparsa conclusionale. Così questo processo può trascorrere non meno rapidamente al ruolo, e da questo alla comparsa conclusionale ove ha la sua stazione e il suo punto fermo, ed ove si chiude come istruzione scritta.

Anche nelle cause formali di commercio la udienza è riassuntiva, non istruttrice, e ciò pure impedisce che il rito formale non trapassi in sommario, e non si confonda con quello. Nè fa ostacolo che in codeste cause la relazione non sia affidata ad un giudice, e il fatto sia esposto dalle parti, quasi a risparmio di tempo o per qualche altro motivo che ora non ricerco. Questo è palese che, *ciascuno legge le proprie conclusioni, e svolge le ragioni su cui sono fondate*, onde si dimostra che il ragionamento non può avere altra base, e non può tendere ad altri fini e quindi il giudizio rimane legato alla *conclusione*. *Le postille* (come indica il nome) sono note accessorie, schiarimenti ragioni che dette alla udienza possono volersi notate nel processo verbale (come può farsi per qualunque discussione), ma senza uscire da quel campo, senza trascorrere ad altro subbietto.

Questa specie di esegesi del procedimento formale che andiamo facendo diventa interessante avanti le corti d'appello, e per non ammettere ulteriore appellazione e perchè si coordina con un'altra serie d'idee. Io mi riserberò di parlarne in qualche nuova addizione in luogo opportuno.

Intanto per ritornare all'analisi della *comparsa conclusionale*, che ha suscitato e suscita delle questioni, io ritenni potere in essa comprendersi tutta la sostanza della difesa, che certamente non è un buon sistema, nè per l'attore, nè per il convenuto che si privano di gran parte dei loro vantaggi, quindi il caso è raro tuttavia ne ho visto più d'uno. Perchè mai, alcuno ha detto si chiamerebbe *riassuntiva* la comparsa conclusionale se, essendo unica e senza precedenti, nulla avrebbe da raccogliere e da riassumere?

È sempre *riassuntiva* nel senso stretto della parola la conclusionale dell'attore che vi riproduce la sua istanza introduttiva, o la modifica non ampliando, ma restringendone il portato, o specifica in formole meglio ordinate i suoi proposti, illustra i documenti prodotti, esplica i motivi compendiati nel libello. Del resto le parole devono ricevere in relazione alla idea che sono destinate ad esprimere, le conclusioni finali *riassumono* per la ragione che hanno il solo loro fondamento negli atti del processo, così l'attore non può che svolgere il suo libello, il convenuto le eccezioni opponibili ai documenti prodotti in contrario, senza produrne egli stesso dei propri. Le conclusioni sono *riassuntive* essendo questo il loro ufficio ordinario, mentre la legge suppone che si approfitti delle comodità di cui è stata generosa alla difesa, ma non è questo il loro carattere essenziale che invece si ritrova nell'essere l'ultimo atto della istruzione scritta, e nel determinare lo stato invariabile della questione.

Io comprendo la difficoltà le parti contendenti possono angustiarsi a vicenda. L'art. 176 impartisce all'una e all'altra un termine libero di quindici giorni, le scritture potrebbero incontrarsi e, per così dire, urtarsi nell'ultimo giorno di quel termine. A me però non sembra inconveniente molto grave, dato sempre che noi versiamo in ipotesi insolita. Chi non si è valso dei larghi mezzi che offre la procedura, non può dolersi che di se stesso; del resto l'attore è nella piena cognizione del proprio scopo, ha dovuto produrre nel tempo legale i suoi documenti, il convenuto ne ha preso comunicazione, e sciente delle contrarie intenzioni può bene esporre le sue difese anche in una sola comparsa.

Parlando in ispecie dell'art. 176 su quella parte che riguarda la proibizione di *produrre nuovi documenti, nè fare nuove istanze ed eccezioni*, proposi una interpretazione che altri può chiamare ardita, se in materia di procedura è ardito elevarsi sopra la lettera che uccide per interrogare *lo spirito che vivifica*, secondo la espressione usata in una dotta sentenza della corte di Brescia, che mi fece lieto del suo suffragio, almeno quanto all'adozione del principio sentenza 24 aprile 1867, *Monitore dei Trib.*, 1867, p. 816. L'art. 176 fa divieto di produrre *nuovi documenti, e di fare nuove istanze ed eccezioni*. Non parliamo *delle nuove istanze ed eccezioni*. La comparsa conclusionale, che è la difesa massima e vale per tutte le altre, è la sede delle istanze e delle eccezioni, ma non *devono esser nuove*. Noi siamo già avvezzi ad attribuire al predicato *nuove* (domande od eccezioni) il senso di *diverse* da quelle già spiegate; non perchè siano diverse nella forma, ma perchè lo sono nella

sostanza, diverse nell'oggetto. Una controversia giudiziale è un tema determinato, ciò che lo determina primieramente è l'atto di citazione. Tuttavia nel corso del processo la istanza fondamentale può ricevere delle modificazioni, istanze sussidiarie o famigliative possono aggiungersi a quella e tali da render necessaria al giudice una pronuncia specifica. Lo sviluppo che ha ricevuto il procedimento, i nuovi bisogni della causa che si sono manifestati, possono giustificare simili istanze che mantenendo il loro rapporto, che si direbbe di esplicazione e di svolgimento progressivo non possono chiamarsi nuove, aliene cioè e strane dall'intento e dal proposito dell'azione. Così ritengo benissimo, come decise con alto senno la corte di Brescia, che la comparsa conclusionale possa contenere l'istanza di esecuzione provvisoria, non chiesta innanzi, come può contenere istanze di annullamento di atti della procedura, se prima non avessero potuto proporsi.

Il convenuto ha il campo aperto, si difende con tutti i suoi mezzi, ma vi è un momento in cui la legge dice anche a lui, basta, e si distinguono le *eccezioni* dalle *ragioni*. Le eccezioni sono vere istanze ripulsive, imperocchè impongono esse pure al giudice un esame ed una pronuncia, una dichiarazione di ammissione o di rigetto, le *ragioni* sono forme dimostrative, ma suppongono l'oggetto dimostrabile, che è la stessa istanza od eccezione. Il ragionamento non è limitato nella sua esposizione.

Ciò che veramente è vietato sotto la parola *nullità* è la *diversità sostanziale* dell'oggetto, e concerne l'attore principalmente. Il convenuto può difendersi per la prima volta nella conclusionale, lo abbiamo già detto. Non c'è pericolo allora d'introdurre eccezioni nuove, cioè diverse e discordanti, ma sono le sue eccezioni, è quello il suo sistema, e in appresso non può cangiarlo. La legge odia le discordanze e le mutazioni inconciliabili per la confusione che arrecano nei giudizi, ma se il convenuto citato a pagare una somma, il convenuto che non ha ancora parlato, oppone nella conclusionale la eccezione della prescrizione legale, non credo mica che il giudice possa rispondergli, è troppo tardi. Non appartiene all'attore l'opporre che il convenuto non si è difeso, o si è difeso tardi, egli deve stabilire i fondamenti del giudizio, egli deve venire preparato, non è l'attore che possa dirsi sorpreso dalle eccezioni del convenuto.

Resta sempre la questione del *documento nuovo*. Non si deve dissimulare che la produzione di un documento introduce un elemento di fatto che può essere anche molto considerevole, e richiedere risposte, schiarimenti, memorie, e anche la produzione di altri documenti. La economia del sistema è decisamente contraria alla produzione di documenti colla comparsa conclusionale. Si è avuto tanto tempo! Nel dovere di osservare questo spirito, e di tener fermo questo sistema, occorre che io distingua dalle istanze ed eccezioni la produzione dei documenti. Ammettendo nel convenuto la facoltà di difendersi la prima volta nella comparsa conclusionale, è d'uopo che io aggiunga che non intendo perciò autorizzarlo a produrre dei documenti, dico in generale che il tempo per produrre i documenti è passato benchè si possano ancora dedurre eccezioni contro le pretese della parte attrice. Ciò conduce a dichiarare che, generalmente parlando, il giudice non deve aver riguardo a quei documenti, ma non chiuda gli occhi però, non li rigetti senza sapere cosa siano, senza conoscerne la importanza.

Io faccio questo voto in nome della giustizia e della verità. Pensiamo che la procedura non dev'essere un meccanismo cieco e un giuoco di ingegni in cui vince il più abile, bisogna sempre ricordarsi che la scoperta della verità messa in contrasto dagli interessi è il supremo suo scopo. Ora noi troviamo perfettamente logico che i *documenti nuovi* non siano attendibili, perchè tendendo ad istaurare una causa diversa da quella di cui si tratta, non riguardano la questione, o ne variano sostanzialmente il punto contestato. È per ciò che i giudici, specialmente quelli di prima istanza, non devono essere proclivi a prendere in considerazione simili produzioni tardive, benchè abbiano relazione colla materia della lite, dico specialmente questi, poichè il producente può bene valersene in appello. Ma non si abbia l'articolo 176 come un disciplinare inesorabile, quasi una barriera, una specie di colonne di Ercole, oltre le quali non si possa andare assolutamente. Bisogna poter distinguere fra quei documenti che, *alieni dal giudizio, potrebbero anche dar vita ad un'azione da esercersi*, tali sono quelli relativi ad una eccezione di compensazione, e i documenti *che sono e si riconoscono necessari al complemento del giudizio attuale*, i quali, mentre la sentenza formando cosa giudicata non ammette altro rimedio, o solo rimedi straordinari, resterebbero come condannati all'inutilità, ad ogni modo si rigetterebbero colla coscienza che in essi si contiene il vero, e che per necessità di rito conviene chiuder gli occhi al vero. Nel

commento io proposi il caso estremo di un pagamento domandato e della quietanza limpida, certa, inoppugnabile, non presentata dal convenuto che colla comparsa conclusionale. Io tremai alla idea di una procedura, che non osi crei di chiamar barbara, che obbligasse i giudici di condannare al pagamento colla prova in mano del pagamento eseguito. È per ciò che io dico e sostengo che non devesi senza esame chiudere l'ingresso al documento; ma essere dovere sacro del magistrato di riconoscerne la importanza. Quale via rimane allora: posto ancora che il documento definitivo non si presentasse che alla udienza? È facile ordinare il riaprimento della istruzione assegnare un termine all'altra parte per dedurre le sue eccezioni provvedere insomma con una pronunciazione interlocutoria e ordinaria che è sempre nel sommo arbitrio del magistrato del merito, e del ricercare la verità niuno può temere censura.

Articolo 177.

Non più tardi di giorni cinque successivi al termine stabilito per la notificazione delle comparse conclusionali, i procuratori debbono depositare nella cancelleria gli atti della causa riuniti in fascicoli, muniti dell'inventario e della nota delle spese.

Gli atti devono contenere, oltre l'atto di citazione e le produzioni rispettivamente fatte, tutte le comparse date da ciascuna delle parti, e quelle state ad essa notificate dall'altra parte. Se gli atti depositati siano incompleti, il cancelliere deve completarli, a spese del procuratore, mediante copia degli scritti mancanti.

Il procuratore che non abbia eseguito il deposito nei cinque giorni è condannato dal presidente, anche d'ufficio, nell'ammenda di lire cinque per ogni giorno di ritardo, e la relazione della causa può aver luogo sugli atti depositati.

Annotazioni

Cinque giorni intendiamo da quello dell'avvenuta notificazione. L'obbligo dato al cancelliere di completare gli atti mancanti (*deve completarli*) non potrà sempre adempiersi, perchè dove andrà egli a cercarli! Già lo prevede l'articolo nella seconda parte, dichiarando *che la relazione della causa* (non la decisione?) *potrà aver luogo sugli atti depositati.* Siamo di nuovo all'ammenda (di lire cinque per ogni giorno di ritardo), e parmi applicabile la disposizione pel ritardo del *deposito del complesso degli atti*, e non per mancanza di qualche atto o documento.

Articolo 178.

Gli atti depositati dai procuratori sono dal cancelliere presentati entro le ventiquattro ore al presidente; il quale prescrive con decreto che la relazione della causa all'udienza sia fatta o da uno dei giudici da lui commesso, o dalle parti.

Gli atti depositati sono nel primo caso rimessi al giudice relatore, nel secondo caso si restituiscono alle parti.

Nelle cause in cui la legge stabilisca che debba essere sentito il ministero pubblico, gli atti sono prima a questo comunicati dal cancelliere entro il detto termine, e la presentazione di essi al presidente deve farsi entro le ventiquattro ore successive alla restituzione fattane dal ministero pubblico alla cancelleria.

Il ministero pubblico non può ritenere gli atti per più di giorni otto.

Annotazioni

Il discorso ministeriale premesso alla legge ci volle avvisati che fu molto dibattuto nei consigli, se ad ogni causa (ordinaria) avesse a deputarsi un giudice relatore; e dal contrasto uscì l'articolo presente. La sua redazione non sembra la più propria. Bastava dire che il pre-

sidente dispone che la relazione della causa sia fatta da un giudice quando lo reputi opportuno. Prescindendo da un certo equivoco che nasce da quelle parole, *da uno dei giudici commesso da lui o dalle parti*, non può mettersi al paro la *relazione che fa il giudice*, e quelle che le parti stesse potranno fare, le parti non faranno propriamente una relazione, ma una esposizione; faranno sempre la relazione dopo quella del giudice, ma la faranno a loro modo, cioè parzialmente e secondo le viste della difesa.

I termini angustiosi posti dall'articolo non potranno sempre osservarsi per forza delle cose, supposta ogni buona diligenza. Se trattasi di causa nella quale il pubblico ministero interviene, il cancelliere *ne fa prima comunicazione* allo stesso pubblico Ministero; onde il primo periodo dell'articolo è subordinato al secondo capoverso.

Articolo 179.

Emanato il decreto del presidente, la causa è estratta dal ruolo di spedizione per essere portata all'udienza.

Tra l'estrazione e l'udienza deve passare l'intervallo di otto giorni.

L'estrazione della causa e l'assegnazione dell'udienza sono per cura del cancelliere pubblicate e affisse, durante gli otto giorni, nella sala dell'autorità giudiziaria.

Articolo 180.

Quando alcuna delle parti si trovi nella necessità di ritirare temporariamente i suoi atti, stati rimessi al giudice relatore, il presidente può darne permesso stabilendo il termine per la restituzione.

Se il procuratore che ritirò gli atti non li abbia restituiti nel termine stabilito, è applicabile il disposto dell'articolo 177, ultimo capoverso.

§ 4.

Degli incidenti.

Articolo 181.

Gli incidenti sono proposti al presidente.

Il presidente, se le parti siano d'accordo sulla risoluzione, provvede per la esecuzione. Se non siano d'accordo, rimette le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente, o anche del merito.

Annotazioni.

1. **Tentativo di una teorica.** — Un altro Codice di procedura poco apprezzato, perchè le circostanze voglion così, ma degno di esserlo, il *Regolamento romano*, descrisse nel § 841 la natura dell'incidente. « *Le controversie che nascono o vengono occasionate dalla domanda principale, e che si promuovono sia dalle parti fra loro, sia fra esse e i terzi, sono domande incidenti* ». La precisione di questo dettato è invidiabile. La domanda principale, o quella il cui oggetto è tale che non può esser materia che di una domanda principale; ecco la capitale differenza delle due forme, e la linea netta di separazione Questo pure era maestrevolmente segnato nel § 842: « *Quelle istanze che, a norma della legge, sono il soggetto di un giudizio principale, non possono esser proposte come incidenti* ». I Codici non devono essere dogmatici, dicono alcuni: è vero per molti rispetti, e non importa dir quali. Il legislatore non deve montar la scala dei principii, siamo d'accordo, ma dichiarando certe nozioni tecniche, speciali al suo istituto, capaci di una maggiore o minore estensione, o di sensi non sempre uniformi nel rapporto scientifico, determina il proprio modo d'inten-

derle, illumina le basi del sistema, previene i dubbi e le cattive interpretazioni.

Chi volesse adombrare, senza pretensione di novità, una teoria degli *incidenti*, piglierebbe buona via partendo dalla qualità *negativa*, nè è difficile il concepire che incidente non è la domanda principale, mentre il contrario evidentemente ripugna. Alquanto più indaginoso si è come non possano formar materia d'incidenti subbietti distinti e diversi da quello della stessa domanda principale. Il che accade per due maniere: o perchè il *subbietto abbia una natura così sostanziale e propria che non possa mai essere contenuto nell'ambito della domanda già proposta in giudizio* all'azione possessoria opporre il diritto , o perchè *la legge positiva ripugna dal poter formolarsi in incidente una domanda o una eccezione, avvegnachè correlativa o in qualunque modo convergente alla domanda principale* per ragione d'ordine giudiziale, di competenza o d'altro. È manifesto che l'incidente tiene alla natura del principale, in certo modo, come l'accessorio, benchè sarebbe molto inesatto il dire che l'incidente sia un accessorio della domanda principale. Tiene alla natura di essa sotto vari e diversi aspetti, nei quali vari e diversi aspetti viene a raffigurarsi la partizione teorica degli incidenti. Ma anche intorno alla relazione che ha l'incidente col principale conviene distinguere. O è di natura, ovvero *artificiale ex principio juris*, e per ragione estrinseca di utilità e di convenienza. È di natura che l'incidente riguardante la prova si svolga dal sistema dell'azione o dell'eccezione, ma la riconvenzionale, per esempio, appartiene all'ordine positivo del diritto, e s'induce da ragioni estrinseche.

Gli incidenti *derivano* o *sono occasionati* dalla domanda principale: ecco la divisione più generale. *Derivano* quelli che rappresentano lo sviluppo del merito dell'azione, come i mezzi di prova, ovvero, giudicata l'azione, assumono caratteri di mezzi esecutivi. Dal lato del convenuto, quelli che interessano la sua difesa nel merito. Sono incidenti *occasionati dalla domanda principale* tutti gli altri che non sono propriamente generati dalla qualità della domanda o della *eccezione*, sarebbero gli incidenti d'istruttoria, di competenza, di ricusazione di giudici, le intervenzioni dei terzi, ecc.

Volendosi annoverare gl'incidenti in categorie, possono divisarsi le seguenti: *a*) *Incidenti d'istruttoria*, che concernono il moto ordinamentale del processo, i termini, comunicazione di documenti, ecc. , *b*) *Incidenti relativi alla giurisdizione*: eccezioni d'incompetenza, ricusazione di giudici, ecc. *c*) *Incidenti che riguardano la istruzione*: in generale tutti i mezzi di prova costituendi nel corso del processo, *d*) *Incidenti d'introduzione o di nuovo ingresso*: intervento di terzi, chiamata in causa dei garanti, ecc. , *e*) *Incidenti cautelari o conservatorii*: cauzioni da prestarsi, depositi da farsi, sequestri d'urgenza, ecc. , *f*) *Incidenti esecutorii*, o riguardanti la esecutorietà delle sentenze, o gli atti stessi esecutivi, *g*) *Incidenti di fondo*, che suddivisionsi in relazione al diritto, o in relazione *alla procedura*. Della prima specie è la eccezione di prescrizione, di risoluzione, di decadenza: del secondo, le perenzioni.

Ulteriormente si scorge che, osservati in ordine all'effetto a cui tendono, gl'incidenti sono o *progressivi* o *repulsivi*: i primi, tutti quelli che spettano allo sviluppo dell'azione o dell'eccezione, gli altri, che reagiscono e fanno forza onde cada l'azione e lo stesso processo. Non a dire che queste idee tendono alla teoria astratta e si modificano nell'esercizio pratico.

2. Secondo il nostro sistema, nelle cause formali, una istanza è presentata al presidente, nella quale chi vuol promuovere l'incidente espone l'oggetto della sua pretesa (quanto alla forma, V. infra art. 185), il presidente chiama a sè il procuratore contrario; se le parti (vedremo altrove se si parli dei soli procuratori) sono *d'accordo, provvede per la esecuzione*. Trattasi, per esempio, di ammettere una prova testimoniale, dei periti, di assegnare un nuovo termine per un incombente, di restituire i documenti avuti in comunicazione, di dare una cauzione, e simili, l'affare va, si farà un processetto verbale, sarà firmato dalle parti intervenute e consenzienti; il presidente farà l'ordinanza, la prova testimoniale, la perizia è ammessa. Questo, io credo, si potrà estendere agli stessi capitoli testimoniali, alla materia delle perizie, ecc.

Senonchè la difficoltà di render generale la disposizione per gli ostacoli che incontra nella natura delle cose, pel limite che le viene necessariamente imposto da altri principii, non ci lasciano esagerare la importanza di un istituto concepito colle più lodevoli intenzioni.

Eccettuati i casi urgenti, nei quali il presidente può risolver l'incidente senza l'accordo delle parti (articolo 182), in tutti gli altri è l'accordo delle parti che lo investe di giurisdizione.

Sono intanto a notarsi le seguenti *limitazioni*:

1° *Se trattasi di questioni le quali*, quan-

funque di natura incidenti, abbiano a decidersi con una sentenza, ivi sta il merito vero e proprio della controversia. Le questioni di *recesso*, di *perenzione*, quantunque incidentali, non potranno decidersi sopra accordo con semplice ordinanza;

2° *Se trattasi di questioni interessanti l'ordine pubblico*, come quelle relative alla competenza per ragione di materia o valore;

3° E pur anco in fatto di prove (sebbene l'utilità di questa legge sembri a ciò particolarmente rivolta) *allorchè sia dalla legge richiesto il concorso immediato della parte principale, o il procuratore abbia d'uopo di abilitazioni speciali e straordinarie*, come in fatto di giuramento decisorio.

E in generale si dice che la facoltà del presidente è determinata da quella dei procuratori, in quanto col loro consenso possano ad esso attribuirla.

Per queste osservazioni si eleva un certo dubbio nell'animo *se il legislatore abbia avuto intenzione di proclamare* in questo paragrafo e nei varii articoli che lo compongono, una *generale sistemazione degl'incidenti*, ovveramente non abbia mirato che a quei tali incidenti che appartengono alla prova, o almeno a quelli che si sviluppano nel corso della istruzione scritta avanti i tribunali e le Corti d'appello, come suona l'epigrafe di questo Capo. Ma bisogna riconoscere che il legislatore pensò alla sistemazione generale, ond'è a dolersi che non abbia potuto raggiungere completamente lo scopo. A dimostrarlo non ho che ad allegare alcuni passaggi delle due relazioni.

Il Pisanelli lo disse chiaramente: « Quanto « alle norme generali che regolano la istru« zione della causa, non occorre di aggiun« gere veruna osservazione ai cenni già pre« messi sulla procedura scritta e sulla proce« dura orale ». Ho preposto questo brano per mostrare che si tratta di regole generali e di principii. Indi prosegue: « *Importa però di* « *accennare i principii che informano il pro-* « *getto riguardo alle norme stabilite in genere* « *per gl'incidenti* ». Anche dalla esposizione del ministro Vacca, che ognuno può consultare, trascritta nelle prime pagine di questo volume, si argomenta la intenzione di dettare una *norma comune agli incidenti*.

3. Segue quella parte dell'articolo che fonda la risoluzione sul consenso. *Se non vi è d'accordo, rimette le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente o anche del merito.*

L'articolo non dice *avanti il collegio*. Onde potrà domandarsi: è forse allo stesso presidente che appartiene il risolvere contraddittoriamente l'incidente, o piuttosto al collegio? Potrebbe sorgere qualche ombra dall'art. 183, che ammette il reclamo dalla ordinanza del presidente da credere per un momento che il presidente abbia ogni facoltà per risolvere gli incidenti anche in contraddittorio, essendochè per via del reclamo la questione potrà sempre portarsi alla decisione del collegio. Ma ben guardando, si vede che l'articolo 183 ha un rapporto logico e immediato coll'articolo 182, di che daremo spiegazione nelle annotazioni relative. Ma sarà mai possibile? potrà mai concepirsi nella mente di un giurista che il presidente fissi la udienza avanti di sè *per decidere anche sul merito*? Se questa considerazione non bastasse, nella Relazione Pisanelli fu letteralmente espresso: « Se le parti non « sono d'accordo sulla risoluzione dell'inci« dente, il progetto stabilisce che il presidente « dovrà rimettere le parti a udienza fissa a« vanti il *collegio perchè sia pronunziato sul-* « *l'incidente* ». Nulla in contrario risulta dalla Relazione del guardasigilli: è dunque cosa accertata. *Mancando l'accordo delle parti* (e deve per la natura delle cose non sia possibile), *il presidente non ritiene la cognizione dell'incidente* (salvo il disposto del paragrafo seguente), *ma la rimette al collegio, anche per quanto riguarda il merito della causa*: il che dipende da un giudizio di opportunità di cui egli solo è investito. « Tale facoltà è attribuita « al magistrato (scrive la Relazione Pisanelli) « è diretta ad impedire che una delle parti « possa, col proporre questioni incidentali, al « solo scopo di defatigare l'avversario, pro« trarre troppo a lungo la definizione del giu« dizio ». Il metodo tornerebbe comodo ai difensori, che dal decreto del presidente sarebbero ammoniti che non del solo incidente, ma ancora del merito si discuterà all'udienza, onde verranno evitati i pericoli della sorpresa e delle trattazioni premature. Così il Pisanelli, aggiungendo: « Tutto porta a credere « che il presidente non fisserà la stessa u« dienza anche per discutere sul merito, se « non allorchè, per lo stato in cui si trova la « causa, esiste una somma probabilità che il « collegio delibererà altresì su tale punto ».

Queste brevi note esegetiche sono poi compensate dalle osservazioni che abbiamo premesso parlando del procedimento formale e sommario alla pag. 241 alla quale ci riportiamo.

Articolo 182.

Nei casi d'urgenza il presidente, sentite le parti, può risolvere l'incidente e dichiarare esecutiva l'ordinanza, non ostante reclamo, con cauzione o senza.

Articolo 183.

Il reclamo dall'ordinanza del presidente si propone nel termine di giorni tre da quello in cui fu pronunziata, o da quello della notificazione nel caso di contumacia.

Il presidente, sull'istanza dell'opponente, rimette le parti a udienza fissa.

Annotazioni.

1. Il primo dei precitati articoli ha una relazione immediata col seguente. Il magistrato che pronuncia la ordinanza presente odora, a così esprimermi, il *reclamo*, lo previene dichiarando esecutiva la propria ordinanza, *non ostante il reclamo*.

Il presidente è il giudice naturale del *caso d'urgenza*. V'ha fra i più ovvii *quello del sequestro o deposito giudiziario* (articolo 1875 e seg. del Cod. civile, 921 e seg. del Codice di procedura civile). A lui la facoltà di rilasciare il sequestro *con cauzione o senza*, e di misurare la stessa cauzione (articoli 928, 929).

2. Parliamo del reclamo, e ponganst alcuni quesiti.

a) *Le parti* (io intendo qui sempre i procuratori) *che convennero nella risoluzione, possono interporre reclamo?* Distinguo: o *la materia era contenuta nella facoltà del procuratore*, e tengo fermamente che non possa interporsi reclamo: la legge sarebbe inconseguente, la sua disposizione illusoria, o *non era contenuta*, e allora dovrà stimarsi come non avvenuto l'accordo, e si potrà interporre. Vi sono atti così intimamente connessi colla personalità del litigante, e sino a un certo punto così inalienabili, che il procuratore non può procedere che in forza di mandato speciale: il Codice ne è pieno. L'articolo 181 suppone che il procuratore abbia facoltà di disporre della materia controversa: ciò si espose largamente nelle annotazioni del detto articolo. Ed aggiungiamo in coerenza che lo stesso, se non a più forte ragione, accade in materia di ordine pubblico, *quæ privatorum pacto mutari non potest*. Spetterà al presidente conoscere quando sia il caso di applicare l'articolo 181; il suo errore costituisce un gravame di diritto, che, circolando nei varii gradi, può da ultimo eccitare un giudizio di nullità in cassazione.

b) *Quid juris, se trattisi d'incidente di causa pretoriale?* Quantunque il rituale degli incidenti non sia veramente obbligatorio che nelle cause avanti i tribunali e le Corti, può avere anche congrua applicazione avanti i giudici singolari senza offesa dell'ordine processuale. Col buon accordo delle parti, il giudice può risolvere l'incidente, in relazione all'articolo 181. Ma è manifesto che i tre articoli seguenti non avranno applicazione, compreso l'art. 182. Il presidente di un tribunale è considerato persona distinta dallo stesso tribunale, e può quindi esercitare, sino a un certo punto, funzioni distinte. Rientrando nel collegio per conoscere del reclamo elevato contro la propria ordinanza, la sua personalità scompare, ed esso si confonde col corpo al quale appartiene. Il giudizio non può scindere queste diverse fasi avanti il giudice singolare, che per conseguenza (meno il caso dell'accordo) pronuncia sull'incidente nella sua udienza ordinaria.

3. Il presidente non decide l'incidente, non concordi le parti, che nel solo caso d'urgenza. Il *reclamo* è portato avanti lui stesso con istanza per la destinazione dell'udienza avanti il tribunale. Quindi in due casi, che non bisogna confondere, il presidente *rimette le parti a udienza fissa*. In quello dell'articolo 181 non giudicando, e in questo dopo aver giudicato l'incidente. I tre giorni decorrono dalla pronuncia se i procuratori sono presenti; qui contumacia suona non comparsa del procuratore alla udienza: allora è necessaria la notificazione.

Articolo 184.

L'ordinanza che rimette le parti a udienza fissa stabilisce:

1° Se la relazione della causa sarà fatta da un giudice delegato, o dalle parti;

2° Il termine in cui l'ordinanza sarà notificata ai procuratori contumaci;

3° Il termine in cui la causa sarà iscritta a ruolo a istanza di una delle parti e quello in cui sarà fatta la pubblicazione e affissione indicate nel secondo capoverso dell'articolo 179;

4° Il termine in cui i procuratori dovranno notificare le comparse conclusionali,

5° Quando la relazione sia delegata ad uno dei giudici, o debba essere sentito il ministero pubblico, l'ordinanza stabilisce il termine in cui gli atti si dovranno depositare nella cancelleria a norma dell'articolo 177, e quello in cui dal ministero pubblico dovrà farsene la restituzione alla cancelleria per essere comunicati al giudice relatore o restituiti alle parti.

Annotazioni.

1. Da questa disposizione si fa chiaro che, malgrado un certo carattere di generalità che il legislatore ha voluto dare al presente istituto, la forma peculiare qui descritta è propria degli incidenti che si propongono nel corso della istruzione nei procedimenti formali.

2. L'incidente continua a trattarsi, testimonia il presente articolo, con molta solennità. (Si ricordi però che può essere portato a discussione anche il merito, al quale, questa che chiamiamo solennità, è veramente necessaria). Il vantaggio della semplicità e celerità, in confronto dei passati ordinamenti, si riduce adunque a questo 1° alla facoltà data in genere al presidente di decretare la esecuzione della proposta combinata fra le parti, 2° alla facoltà di decidere nei casi d'urgenza, accordando diritto di esecuzione non ostante il reclamo.

3. Gl'incidenti di *mera istruttoria*, seguendo la ragione, potrebbero credersi esenti o da reclamo o almeno sottoposti a rito più semplice ma non è così secondo la legge · la legge non distingue.

4. Ai termini dell'articolo 183 il reclamo ha luogo entro i tre giorni *dalla notificazione in caso di contumacia*. Ma il n° 2 di questo articolo 184 suppone che ci siano ancora *dei procuratori contumaci ai quali la ordinanza non sia stata notificata*. Bisogna però avvertire che la presente disposizione comprende tanto i casi dell'articolo 183 che quelli dell'articolo 184 La ordinanza di cui qui si parla è precisamente *quella che rimette le parti a udienza fissa* Se i procuratori furono presenti quando fu pronunciata, non occorre altra notificazione. Del resto l'affissione che deve seguire, è una ulteriore notizia di cui si deve tener conto.

5. È importante osservare che l'articolo suppone la comparsa primordiale del convenuto in giudizio mediante il suo procuratore. Di fatti non si favella che di *procuratori contumaci*. Questa forma, senza le modificazioni che la procedura contumaciale esige, non potrebbe applicarsi.

6. *Sulle comparse conclusionali*, di cui parla il n° 4, c'è a dire. Se non è portato alla udienza che l'incidente, cosa significa *comparse conclusionali?* I procuratori scriveranno una difesa per parte concludendo sulla questione incidentale ecco tutto. Ma supponiamo si porti a discussione anche il merito, noi non sappiamo in quale stato della causa si provochi l'incidente. È vero intanto, secondo l'avvertenza del Pisanelli, che i procuratori avranno prescienza della trattazione del merito mediante la ordinanza del presidente, onde potranno prepararsi. La *comparsa* verserà sul duplice soggetto. Ma può anche avvenire che l'incidente nasca sui primordii della istruzione, mentre un certo spazio rimane a percorrere, e le parti sono in diritto di scrivere e controscrivere nella questione di fondo, svolgendo ampiamente le loro difese Prefiggere una *comparsa conclusionale*, quando le iniziali e preparatorie non sono ancora scambiate, sarebbe un precidere ai difensori quello sviluppo che nelle cause formali è concesso dalla legge. In altre parole, sarebbe un precipitare la decisione del merito. Io credo che in questo caso e per questa ragione potrebbe combattersi la ordinanza del presidente per ridurre la discussione ai limiti dell'incidente.

7 Una simile considerazione si presenta circa la disposizione del n° 5. *L'ordinanza stabilisce il termine in cui gli atti si dovranno depositare in cancelleria a norma dell'articolo* 177 (nelle cause in cui dev'esser sentito il pubblico Ministero) *e quello in cui dal pubblico Ministero dovrà farsene la restituzione.* L'articolo 177 attribuisce sino a cinque giorni

pel primo incombente; otto giorni sono dati per la restituzione al pubblico ministero (articolo 178, in fine). E da quella disposizione sembra risultare che la ordinanza del presidente possa restringere i termini di legge; ma è forse possibile questo, allorchè la discussione cada sul merito e non sull'incidente soltanto? Perchè la circostanza di un incidente addossato al merito dovrebbe alterare la economia dei termini legali generalmente stabiliti? Stimo adunque che in questo caso il presidente dovrà attenersi alla legge (articolo 166, 167, 168).

Articolo 185.

Qualunque citazione per comparire davanti il presidente può farsi con la comparsa stessa che propone l'incidente, o per biglietto.

Il termine per comparire è almeno di giorni tre, salvo i casi nei quali la legge dispone altrimenti.

Nei casi d'urgenza il presidente può permettere la citazione a termine più breve, e anche ad ora.

Annotazioni.

Non si era toccato ancora del modo con cui dovrebbe inoltrarsi al presidente la istanza sull'incidente. Vi sono due modi diversi *per comparsa*; la sua notificazione al procuratore contrario tien luogo di citazione; vi è assegnato il termine di tre giorni; non assegnato il termine, è sottinteso; non passati i tre giorni, l'incidente non potrà proporsi. Si può mandare una citazione anche *per biglietto*, ossia una citazione economica, da procuratore a procuratore. Nel qual caso, senza previa autorizzazione del presidente, riservata ai fatti d'urgenza, si avrà norma dalla tabella pubblicata in principio dell'anno giuridico secondo l'articolo 201 del *Regolamento per la esecuzione del Codice*, del 14 dicembre 1865.

Articolo 186.

Il presidente può delegare a uno dei giudici le facoltà a lui attribuite nella materia degli incidenti.

La nomina del relatore si fa sempre dal presidente.

Annotazioni.

Il presidente si vale delle facoltà attribuitegli da questo articolo, *sia con delegazioni parziali per speciali cause e atti*, *sia con delegazioni mensili per qualunque causa e atto di istruzione*. Così si dispone nell'articolo 201 del citato Regolamento, e per comodità trascrivo il testo. « Tanto in caso di delegazione, « quanto se le attribuzioni, di cui nell'articolo « ora citato, siano esercitate dal presidente, il « medesimo fissa in principio dell'anno giuri« dico uno o più giorni della settimana per le « udienze d'istruzione *da tenersi ad ora de« terminata in una delle sale del tribunale che « sarà indicata*, salvo le udienze straordinarie « da concedersi nei casi di maggiore urgenza. « — I decreti di delegazione mensile e di desi« gnazione dei giorni e delle ore delle udienze « si terranno affisse nelle sale d'ingresso del « tribunale ». Aggiungi l'art. 202. « Nei tri« bunali divisi in più sezioni, le delegazioni, « di cui nell'articolo precedente, si fanno dai « rispettivi capi di esse. La designazione del « giorno della udienza è fatta per tutte le se« zioni dal presidente del tribunale, sentiti i « vice-presidenti ».

SEZIONE II.

Delle eccezioni d'incompetenza e di nullità degli atti.

§ 1.

Della incompetenza e della declinatoria del foro

OSSERVAZIONI GENERALI

Nullità è la negazione di una esistenza giuridica *apparente*. È questa stessa apparenza, o mostra esteriore, che forma subbietto della dichiarazione di nullità. Finchè si ebbe in animo di adire una giurisdizione incompetente, e non si fece; finchè si meditò una citazione spoglia di ogni necessario requisito, e la citazione non venne in luce, nulla esisteva, e nullità non poteva dichiararsi. Ciò che propriamente si annulla è il *tentativo* messo ad effetto di sconvolgere l'ordine giuridico. Questo in generale. Ora dirò perchè il legislatore congiunge nella medesima *sezione* quasi diramazioni del medesimo concetto, le *eccezioni d'incompetenza e quelle di nullità degli atti*. Sono due specie di un genere sommo, che è la negazione dell'ente giuridico che si è venuto affermando ora sotto forma di giurisdizione, ora di atto giudiziale, quando non è nè l'uno nè l'altro.

Articolo 187.

L'eccezione di incompetenza per materia o valore può essere proposta in qualunque stato e grado della causa; l'autorità giudiziaria deve pronunziarla anche d'uffizio.

In ogni altro caso l'eccezione d'incompetenza deve essere proposta prima di ogni altra istanza o difesa, nè si può pronunziare d'uffizio.

Annotazioni.

1. *Qualità* e *quantità*, materia e valore, ecco le due forme essenziali, i due fondamenti per cui l'ordine delle giurisdizioni esiste. Consenso, acquiescenza, dispute estranee interposte, tardività o silenzio continuo, non offende quest'ordine immutabile affidato all'oculatezza del magistrato, sempre pronto a far cessare la minaccia sovversiva con una *dichiarazione d'incompetenza*. Consegue dall'assolutezza del principio che l'attore, pentito o convinto, può egli stesso invocare quella dichiarazione, e deve ottenerla non come un diritto proprio, ma come un diritto dell'universale di cui egli è parte. Ciò è generalmente ritenuto; e del resto ella è, come si notava, una semplice conseguenza di un principio inviolabile. Si è trovato giusto però che quando la contraria parte non sia concorsa a prorogare con atti di assenso la giurisdizione, l'attore, vincendo, abbia a pagare le spese (Chauveau in Carré, quest. 722).

La legge dice che la eccezione può proporsi *in ogni stato di causa*, e la giurisprudenza, esplicando il concetto, proporsi non meno efficacemente in ogni stadio del *giudizio di appellazione* (Lepage, quest., pag. 152, corte di appello di Torino, 18 gennaio 1808; *Journal Av.*, tom. XVIII, pag. 893).

2. La nozione della incompetenza può comodamente dividersi in *generale* o *speciale*. La deficienza del carattere costitutivo della giurisdizione che nasce *dalla materia*, ed ha il suo limite *nel valore*, produce la incompetenza generale, abituale o assoluta. Il Codice,

nel suo metodo letterale, ha tolto via in gran parte il pericolo di confondere l'incompetenza *generale* colla *speciale* o *relativa*, con quelle minute separazioni e distinzioni che fanno cospicuo il capo I del tit. II, *Della competenza*. La teoria del Codice è quindi disegnata, e dal l'affermazione dei principii portandoci alla negazione, il termine opposto alla competenza stabilita nella sezione I si è la *incompetenza assoluta*, e il termine opposto alla competenza stabilita nelle altre due sezioni, è la *incompetenza relativa*.

3. **Questioni** — *a*) *Vi è mai incompetenza di materia che non sia assoluta? L'incompetenza del tribunale civile nelle materie commerciali è sempre assoluta? È assoluta nei termini del presente articolo, sino ad esser tenuto il tribunale a dichiararla d'ufficio?* Motivo di dubitare sono le gravi autorità che ci stanno innanzi. Scriveva il Carré: « Mais la « incompétence, à *raison de la matière*, est « quelquefois *relative* en ce sens du moins « (singolare restrizione in un tema così posi« tivo) que, non obstant les expressions géné« rales de l'article 170, un *tribunal ne serait* « *pas tenu de prononcer le renvoi d'office* ».

Questa dottrina nacque da una specie d'idea fissa della giurisprudenza, se così mi si permette di chiamarla, che il tribunale civile non è colpito d'incompetenza assoluta a conoscere i soggetti commerciali. Si riscontra in una decisione della corte di Parigi (sentenza 21 aprile 1808), e io la richiamo da lungi solo perchè adombra la dottrina della incompetenza relativa; che un tribunale civile aveva potuto conoscere di questioni elevate sopra oggetti commerciali, avendo le parti *procédé volontairement avant lui, bien qu'il y eût un tribunal de commerce dans la même ville*. La riflessione che indusse la corte fu questa: che il tribunale civile non è nella impotenza assoluta (*impuissance absolue de connaître des matières de commerce*), essendochè simili affari sono portati avanti di lui, *quand il n'y a pas de tribunal de commerce dans la ville où il siège*.

Henrion de Pensey, nel suo trattato *De l'ordre judiciaire*, solito a ricevere gli encomi degli scrittori francesi, diceva che in quel caso la *incompetenza non è radicale*, avendo i tribunali civili la *pienezza della giurisdizione*, « et ne sont *qu'accidentellement et par excep*« *tion* incompétents pour juger les causes qui « auraient été placées *dans les attributions* « *des tribunaux extraordinaires, qui n'ont été* « *créés que pour l'intérêt des parties*, afin « qu'elles fussent jugées plus promptement et « avec moins de frais, qui peuvent interdire « à celles-ci de renoncer à cet avantage ». A questo luogo chiosava il Chauveau — *le principe incontestable a été appliqué par nombreuses décisions*, e molte ne cita, e molte altre potrebbero citarsi. Il contrario si tiene nel caso inverso: i tribunali di commercio non possono conoscere di affari civili, e devono rinviare d'ufficio. *La giurisdizione del tribunale di commercio è improrogabile*. Sono principii proclamati dalle supreme Corti della Francia e del Belgio, essere i *tribunali civili i giudici naturali delle parti*, la giurisdizione del tribunale di commercio essere ristrettiva ed eccezionale.

Noi ci siamo chiariti in altro luogo avversi alla dottrina *delle giurisdizioni eccezionali*, le competenze, dividendo le giurisdizioni, sono determinate dal proprio oggetto; l'oggetto è la materia, il valore e la gerarchia; nella loro separazione e preciso discernimento è l'ordine giudiziario, come nella indipendenza e separazione dei poteri è l'ordine costituzionale (V. il num. 1552 del mio commento sul Codice di commercio).

Non vorrei farmi garante che l'antica massima della *universalità della giurisdizione civile* sia ripudiata dalla nostra magistratura con quella forza onde si respinge un errore di cui si ha coscienza. Ma di giorno in giorno il rispetto delle giurisdizioni si accresce, e gli stessi casi decisi ne vengono rimarcando sempre meglio i confini. Mi piace rammentare che uno dei più recenti scrittori francesi di procedura, Jorcoton, ha rifiutato con coraggio la giurisprudenza del suo paese, confessandone nondimeno il formidabile accordo (*Des exceptions de procédure*, Parigi, 1859, cap. II, sez. I, num. 21, 22 e seg.). Duolmi che la ristrettezza dello spazio mi impedisca di citarne le eloquenti parole.

Concludiamo che ogni *incompetenza per ragione di materia è assoluta*, che *assoluta è quella del tribunale civile a conoscere di affari destinati alla competenza commerciale*, che *il tribunale civile deve dichiarare d'ufficio la propria competenza* (V. le osservazioni dopo l'articolo presente).

b) *Trattandosi di azione in petizione o divisione di eredità e giudizi sulla successione, il tribunale, che non è quello designato dalla legge, è forse incompetente* ratione materiae? Qualche decisione francese rispose per l'affermativa. Noi possiamo allegarne una molto puntuale in senso contrario (Cagliari, 25 novembre 1865: *Gazzetta dei Tribunali*, 1866, pag. 2). Quando per definire una nozione com-

tesa non si ha che a indicare il luogo del Codice in cui è posta, quello è un Codice ben fatto. Noi troviamo che questa qualità di giudizi appartiene alla competenza per *territorio* (L. II, c. I, sez. III). Ciò basta, e diviene applicabile il secondo periodo del presente articolo.

c) *Se l'autorità giudiziaria percepisce chiaramente la propria incompetenza, quantunque per altra causa che per ragione di materia, è in facoltà di dichiararla malgrado il consenso delle parti a prorogarne la giurisdizione?* Pongo che in un'azione reale sia stato invocato il giudice del domicilio, e in genere che la causa sia recata a tal giudice che dovrebbe dichiararsi incompetente se fosse stata sollevata la questione d'incompetenza.

Nel punto di vista teorico il tema è assai grave. La giurisprudenza francese inclinò nel senso negativo; la dottrina tenne alla libertà del giudice, e parve esorbitante che nonostante la certezza della sua incompetenza iniziale fosse costretto a subire la legge dalle parti litiganti (Chauveau su Carré, quest. 721; Pigeau, *Comment.*, tom. I, pag. 385; Favard de Langlade, tom. II, pag. 122; Boitard, tom. II, pag. 22, ecc.). Il Codice del 1859 non decise la forse imprevista questione (articolo 249); ma nel presente è risolata. *L'incompetenza non può pronunciarsi d'ufficio.* È giusto: non ci sarebbe più differenza fra le cause della incompetenza. Ammessa la facoltà, potrebbe esercitarsi in ogni tempo, e quali sarebbero le conseguenze dopo lunghi, complicati, dispendiosi giudizi pressochè portati al termine? A consolazione dei teorici basterà il dire che in simili casi la incompetenza non è radicale, e che il volere delle parti (entro i debiti confini) è fonte legittima di competenza.

d) *La semplice domanda di comunicazione dei documenti è ostacolo alla eccezione declinatoria nello spirito dell'articolo?* La tradizione giuridica pose questa domanda fra le eccezioni (Carré Chauveau, quest. 746), e si pronunciò generalmente l'affermativa. Più chiara d'ogni altra legge è la nostra: vuole la eccezione d'incompetenza proposta *ad ogni altra istanza*. Non rifiuto la massima, ma mi permetto un'osservazione. Se l'esame dei documenti fosse necessario a rilevare le condizioni che determinano la incompetenza? se da quelli in seguito prodotti fosse a raccogliersi in qual luogo veramente abbia sede od eserciti la società, o dove sia stata esercitata la tutela? Consiglierei opportune riserve; ad ogni modo una domanda fatta con questa intenzione non pregiudicherebbe, io credo, la eccezione d'incompetenza.

e) *La chiamata di un terzo in garanzia, proposta nel termine stabilito dall'art. 193, toglie forse al garante intervenuto il diritto di eccepire la incompetenza ratione personae?* Premetto che la questione interessa piuttosto la scienza che il fôro, essendo per noi cosa decisa (V. articolo 195); ma giova non ignorare la questione che si agita ancora fra gli scrittori francesi. Demiau, e Carré specialmente in una ingegnosissima nota alla sua questione 719, credono poter dimostrare che, agendo in tale evenienza il convenuto *ex necessitate* della sua posizione, e non trattandosi, rispetto alla procedura, che di completare a così dire il personale che deve stare in giudizio, e non essendo questa una vera eccezione che si proponga contro l'azione, quindi ogni eccezione, non esclusa quella d'incompetenza, dovrebbe ritenersi impregiudicata. Ma dove fanno più forza e più battono gli egregi scrittori è in questo, che forse il maggiore interesse di opporre la declinatoria è nel garante chiamato in causa, e che a lui pure competendo ogni diritto della difesa, anzi essendo egli il vero e principale interessato, sarebbe ingiusto e strano che il garantito, col semplice fatto, a lui necessario, di chiamarlo in giudizio, avesse potuto preoccupare tale una eccezione, e precludergliene il diritto. Ma essendo materia opportuna a trattarsi intorno all'articolo 195, ivi daremo la soluzione.

Se la giurisdizione commerciale sia assoluta o relativa. Considerazioni tolte dalla seconda edizione.

Lascio da parte qualunque presagio sopra una legislazione a venire. Dicono alcuni che lo spirito dei tempi procede verso l'abolizione della giurisdizione commerciale, e aspira alla concentrazione di quello istituto nella maggiore capacità della competenza civile che si continua a chiamare *universale*. Può essere che ci sia questa tendenza, ma dichiaro che non saprei vederne la ragione.

Se i tribunali civili sono investiti d'una giurisdizione *universale*, disse il ch. commend. Pisanelli, perchè non li fate padroni anche della *penale* ed *amministrativa*, argomento ch'egli ripete più volte come di somma efficacia? A questo argomento i contrari non hanno risposto, forse perchè, secondo essi, è troppo facile rispondere. Certo essi trovano profondamente diverso il *giudizio della penalità* da *quello della proprietà*; quanto alle controversie *amministrative*, leggi recenti hanno soddisfatto alle esigenze del progresso, facendo rientrare nella giurisdizione ordinaria tutte le

cause che versano su diritti propriamente tali, non permettendo al magistrato amministrativo che quella natura di controversie che spettano all'ordine pubblico propriamente detto e s'intrinsecano col governo dello Stato. E potrebbe credersi argomento favorevole alla tesi contraria benchè in realtà non lo sia, come mi propongo di notare più avanti.

Intanto lo stesso rapporto e la stessa affinità od omogeneità non si riscontra fra le materie civile, penale ed amministrativa, quale si crede di ravvisare fra la civile e la commerciale. Dei diritti della proprietà giudica il magistrato civile, dei diritti della proprietà giudica il magistrato commerciale. Il predicato di *giurisdizione universale* applicato alla civile, non è che in questo senso, io credo, o almeno accetto la interpretazione perchè favorevole ai contraddittori, per non uscire dal soggetto, e limitare la discussione in termini precisi e concreti. La universalità della legislazione civile, secondo essi, si giustifica da ciò che quella che diciamo commerciale non è che una sottrazione a lei fatta; questa materia che è stata affidata ad un'altra magistratura, istituita a vantaggio dei commercianti, era già ritenuta nella stessa giurisdizione civile, era sua, prima della costituzione dei tribunali di commercio, si direbbe quasi un parto delle sue viscere. Come ad ogni favore personale si può rinunziare, così i commercianti possono rinunciare a quello di essere giudicati dal tribunale di commercio.

Il corollario che se ne deduce è semplicemente questo, che i tribunali civili sono sempre *competenti a conoscere delle cause commerciali*, purchè vi abbia l'adesione espressa o tacita delle parti. È chiaro che l'argomento non corre dal civile al commerciale, dovendo i giudici commerciali dichiararsi incompetenti ogni volta che la controversia non sia loro espressamente attribuita dalla legge.

Questa opinione continua a fare il suo giro insieme all'altra che spiega l'opposto vessillo, e raccoglie non meno dell'altra il suffragio di forti intelletti e di alte ed autorevoli magistrature giudiziarie. Io prescindo dalle autorità, le rispetto tutte, ma deploro lo scisma giuridico in cosa tanto sostanziale, molto più che non sono le mie povere parole che possano farlo cessare.

Io credo adunque questa opinione inammissibile per argomenti dedotti: 1° dalla natura dei fatti ed atti civili, 2° dal fine che si propone la legge ordinando la separazione delle giurisdizioni, 3° dalla economia e dalle determinazioni positive della stessa legge che regola la competenza, 4° dalla impossibilità pratica di un tale sistema.

I. La *giurisdizione universale* dei tribunali civili e la teoria prediletta dei giuristi francesi, muove da una ragione che non si trova nella procedura, ed abita in una sfera superiore ove bisogna andarla a cercare.

Il diritto comune ordinario e generale è quello divulgato col ministero del Codice civile, pei francesi la legge commerciale è una legge d'eccezione. Se il sig. Henrion de Pansey si è distinto nel propagare la teoria della competenza universale, egli non ne fu l'autore, egli segue una via tracciata, e divide coi suoi connazionali una dottrina che non è stata mai esaminata a fondo perchè non fu mai posta in discussione. Le *leggi del commercio* sono leggi *d'eccezione*, per conseguenza *competenza eccezionale*, e metamente relativa quella dei tribunali che hanno la missione di applicarle ai negozi dei commercianti.

È da sì poco tempo che noi osiamo contrastare la dignità di assiomi a codesti oracoli della dottrina francese che dobbiamo rallegrarci in nome della scienza che la opinione sia stata almeno scossa, e sia entrata nella via dell'esame. A quello che illustri scrittori hanno detto, io posso ben aggiungere ben poco, ma per quanto seppi, sostenni questa tesi in più luoghi del mio commento al Codice di commercio.

Sotto più aspetti una tale questione diviene importante. Allora io discuteva sulle prove, mi fermai specialmente sull'articolo 91 di quel Codice. Il concetto francese, sempre tenace nell'idea che le leggi del commercio non siano che leggi *eccezionali* e *diritto comune* debba chiamarsi il diritto civile, viene facilmente nella conseguenza che, dove tace il Codice di commercio, debba ricorrersi immediatamente al Codice civile, e dove la legge di commercio lascia un dubbio, abbia a trovarsene la soluzione nello stesso *diritto comune*. Ma ciò merita serio esame. Fra il Codice di commercio e il Codice civile ha di mezzo una vasta zona, vergine di formole legislative, non però rimasta inesplorata dal legislatore, che anzi attinse a quella ricchezza i suoi primari e fondamentali postulati. È quella la gran massa degli usi e consuetudini commerciali, che prevalgono sempre alla stessa legge civile ogni volta che si tratti o di spiegare una legge del Codice di commercio, o di trovare, nei suoi frequenti silenzi, le regole, le direzioni di cui si ha bisogno. Lo stesso Codice di commercio ha fatto un passo decisivo in questo sistema d'idee, stanziando nell'articolo 69 — è com-

tratti commerciali sono regolati: 1° *dalle leggi*, 2° DAGLI USI PARTICOLARI *del commercio*, 3° *del Codice civile*. Il Codice civile non è adunque la fonte primaria a cui si deve attingere, come predicano i francesi, come dovrebbe essere, se non fosse che una legge d'eccezione quella del Codice di commercio.

Quanto più le arti, le industrie e i commerci si sviluppano e progrediscono nel mondo, tanto più la sfera della vita commerciale si separa e si discerne dalla civile. L'opera degli uomini nella vita ordinaria estracommerciale, e nella vita commerciale, è affatto diverso. Quivi un movimento, un ardire d'imprese, un ampiezza di operazioni sconosciute all'altra. Negoziazioni, transazioni, disposizioni aventi un così proprio carattere che nel Codice civile non ne incontri neppure il nome. È vero che tutti i grandi principii della morale e della rettitudine giuridica sono consegnati nel Codice civile: principii ai quali non si può derogare in qualsivoglia relazione contrattuale. Ma noi non diciamo che il Codice di commercio astrae e ripudia i principii superiori del diritto, quasi sostituendone altri diversi. Ecco quello che noi facciamo, noi osserviamo il momento in cui le due legislazioni si separano e divergono, per dir così in due rami, non senza lasciare dietro sè un fondo d'idee generali e comuni. È da quel momento che noi troviamo due forme sostanziali, e fino a un certo punto indipendenti, della legislazione, ognuna delle quali vive di vita propria, niuna delle quali si attacca all'altra come l'edera al muro, come un appendice, come un accessorio, come una eccezione che tanto ha di essere e di sostanza quanta gli viene concesso da una disposizione limitativa della legge comune.

Ho detto che quanto più si manifesti il progresso e lo slancio dei commerci (marittimi specialmente) tanto più si manifesta questa distanza. Nuove invenzioni fanno emergere nuovi rapporti giuridici, le stesse negoziazioni che sono note e regolate da norme positive si svolgono in nuove combinazioni, e queste s'intrecciano in guisa che a stento può seguirle la legislazione scritta. La materia industriale e commerciale è essenzialmente progressiva, oltrepassa le leggi scritte, e quasi direi le trascina con sè, e spesso il commercio stesso fa le sue leggi, e il legislatore le promulga. La istituzione commerciale è sopra tutto sociale, implica i maggiori interessi, ma la sua esistenza, il suo sviluppo è una delle basi della civiltà e ricchezza delle nazioni. Il legislatore che si vanta di contribuirvi coi suoi dettati, non può a meno di sentire la grandezza dello scopo, egli deve credere di aver eretta una legislazione sostanziale, e non di aver fatto una *legge d'eccezione* per sottoporre al dominio immediato di una legge superiore e diversa in tutti i casi non espressamente enunciati.

II. Ho dovuto estendermi mio malgrado, essendo questa la parte più importante del mio discorso, che mi guida coll'ordine degli stessi principii a distinguere le giurisdizioni.

Se non prendo errore, la confusione che si fa della giurisdizione commerciale colla civile deve procedere dal non essersi posto mente alla diversa natura e al diverso indirizzo delle istituzioni intorno alle quali la procedura si aggira nella sua azione ausiliaria, pratica, ed esecutiva. Se noi ci facciamo un idea dei subbietti del Codice di commercio e della sua ragione d'esistenza, e di quanto costituisce anche fuori di esso il diritto commerciale distintamente dal contenuto e dall'oggetto del Codice civile, non possiamo così di leggieri accogliere quanto spetta alle giurisdizioni. Noi difatti vediamo versarsi nel breve titolo della competenza (lib. II del Codice di commercio, tit. I) tutto quanto il Codice di commercio ed una serie numerosa di fatti estranei al Codice civile, non pensati neppure dagli illustri suoi autori, e che hanno una natura e un indole tanto caratteristica che ove se ne volesse l'elenco in fine dello stesso Codice civile, sarebbero inesplicabili.

Qual meraviglia adunque se dividendo le giurisdizioni per materie, il legislatore abbia distinte le stesse materie, e non abbia voluto confonderle per non confondere le giurisdizioni?

Io non dirò che non sia possibile ai magistrati civili giudicare delle cause commerciali, niente osta fuorchè una cosa sola, la *volontà del legislatore*. La divisione delle competenze è creazione del legislatore: egli ha trovato che sta bene che la cognizione delle cause commerciali, almeno negli stadi inferiori, sia distinta dalla civile. Secondo lui se dev'esserlo anche secondo noi giova che ci siano coi tribunali civili dei tribunali di commercio, perchè due legislazioni sono ad applicarsi, due legislazioni distinte, statuenti di materie separate e distinte. Abbiamo veduto che la divisione è ben fondata nei principii, ora vediamo che non poco giova all'economia e celerità dei giudizi che un ordine distinto di magistrati sia destinato alla cognizione delle cause commerciali.

III. Apriamo il Codice.

« La competenza è determinata per ma-

« teria e valore, per territorio, per connes- « sione o continenza di causa » (art. 67).

Stabilita questa regola generale nel tit. II, cap. I, questo medesimo capo si divide in tre sezioni: nella 1ª tratta *della competenza per materia o valore*, nella 2ª *della competenza per territorio*, nella 3ª *della competenza per connessione e continenza di causa*.

La competenza commerciale in quale delle tre sezioni venne collocata? Nella prima: è dunque competenza *per ragione di materia*. Non è per ragione di territorio, non è per ragione di connessità: *tertium non datur*.

Questo argomento è troppo evidente per aggiungervi parole. Quando adunque l'articolo 723 del Codice di commercio sancisce — *appartiene alla giurisdizione la cognizione*, ecc., tutti gli oggetti della cognizione commerciale ivi enumerati formano la *materia* di essa giurisdizione.

Abbiamo noi facoltà e arbitrio, hanno i tribunali facoltà e arbitrio di assumere a loro grado cognizioni di *materie* che appartengono a giurisdizioni diverse? Risponde l'articolo 69 — *la giurisdizione non può essere prorogata dalle parti, salvo i casi stabiliti dalla legge*. Che non trattisi cioè di competenza *per ragione di materia*. Quindi si può derogare alla competenza *per ragione di territorio*, ma a questa soltanto. Alle citate disposizioni pone suggello l'art. 187: « La *eccezione per incom-* « *petenza, per materia e valore* può esser « proposta in qualunque stato e grado della « causa: *l'autorità giudiziaria deve pronun-* « *ziarla anche d'ufficio* ». L'articolo 8[illegible] dichiara che la competenza dei tribunali è regolata dal *Codice di commercio e dalle leggi relative*: è uno dei sistemi della giurisdizione. Nei due numeri che seguono non si parla che di *materie commerciali*.

Havvi dunque una *materia commerciale*, come si ha una *materia civile, penale e amministrativa*: materie che costituiscono altrettante giurisdizioni autonome e indipendenti.

Riserbandoci al numero seguente di rilevare alcune strane e incomportabili conseguenze che sarebbero per derivare da un tale sistema, ora avvertiamo con quanta cura la legge determini i casi nei quali cessando il subbietto commerciale, diviene competente il magistrato civile. Dal capoverso dell'art. 723 sino a tutto l'art. 726 si viene distinguendo, e così limitando, la materia commerciale; tutti codesti articoli sono attributivi di giurisdizione; i poteri del giudice civile sono limitati e circoscritti alle disposizioni ivi accuratamente stabilite. E se vi giovi trovare in codeste giurisdizioni qualche motto imperativo della legge, non manca nell'articolo 725: « Se « l'atto non è commerciale che per una sola « delle parti contraenti, quella che promuove « l'azione DEVE convenir l'altra al foro com- « merciale se questa è commerciante, al fôro « civile se non è commerciante ». Per l'articolo 726 il pretore del mandamento in tempo di fiere e mercati, *ancorchè la causa non sia di sua competenza*, prende provvedimenti istantanei, ma per rimettere il giudizio *all'autorità competente*. V'è dunque un'*autorità competente* che il pretore dee saper discernere, mentre pei contrari le demarcazioni sono confuse, onde il pretore potrebbe dire, andate al tribunale civile o al tribunale di commercio, *come vi piacerà meglio*.

Noi vediamo adunque che il legislatore ha saputo apprezzare la grande importanza della distinzione. L'oggetto della giurisdizione commerciale è *reale*, non *personale*; si tratterà del comodo dei commercianti, se vuolsi, ma non è il comodo delle persone, è l'*interesse della cosa* che fornisce al legislatore il criterio e il motivo determinante a formare questa giurisdizione. Il commercio è una grande istituzione alla quale nelle viste del legislatore giova avere come le proprie leggi, così i propri magistrati, e finchè il legislatore tiene in onore quest'idea, non è lecito ai commercianti il dire: posso farne a meno, sfuggo ai giudici commerciali, avendo maggior fiducia nel civile, imperocchè se la loro professione c'entra per qualche cosa, la istituzione è un oggetto ben superiore e più generale, e la regolare funzione della giurisdizione racchiude un ben maggiore interesse per l'ordine pubblico, che le personali simpatie dei commercianti per la giurisdizione civile.

I giudici di commercio sono *giudici ordinari* come sono giudici ordinari in materia penale i giudici penali. Il lungo uso e l'esperienza degli atti di commercio può [illegible] di quel tatto e di quell'attitudine che si guadagna coll'uso e coll'esperienza, ma non ne farà mai dei *giudici eccezionali*, come erano quelli del contenzioso amministrativo ora abolito; la loro giurisdizione può esser [illegible].

IV. Vengo da ultimo a dire una parola sugli *inconvenienti*.

Accenno semplicemente ad un caso estremo, ma dal quale, per essere coerente, non può rifuggire il sistema contrario. Suppongo a dirittura che sia portata avanti il giudice civile una domanda di dichiarazione di fallimento: suppongo che tutti i creditori siano contenti di farsi giudicare dal tribunale civile, e de-

mando ai leali contraddittori se tutto questo sia possibile. Obbiezione che basterà aver accennata; ognuno ne comprende la importanza. E noi vediamo dietro alla materia venir conforme e proporzionato il rito: quanto mai sono complicati i processi di fallimento, quanto singolari e sconosciute ai tribunali civili le forme che ivi sono adoperate! Come noi troviamo che forme proprie sono usate avanti i tribunali di commercio, altre avanti i tribunali civili, e l'ordine probatorio essere diverso nei tribunali commerciali e nei civili, questi dovrebbero prescindere continuamente dalle loro abitudini giudiziarie giudicando con altri mezzi di prova, e persino con altro spirito.

Io non ho citato i ragguardevoli scrittori che propugnano la contraria opinione appunto perchè molto ragguardevoli, sono noti. Ma mentre scrivo, ricevo dalla rara cortesia dell'illustre prof. Cipelli un suo egregio lavoro (*Teoria giuridica degli atti di commercio*, Parma, 1870), che per essere nuovissimo io saluto alla pubblica attenzione in quella parte specialmente che riguarda questo punto di contesa. Da pagina 241 a 254 egli sostiene con molto valore la competenza assoluta dei tribunali di commercio.

È nato il dubbio se essendo adito in figura di tribunale di commercio un tribunale civile che ne fa le veci (articolo 84 in fine), riconosciuto nel corso del processo che l'indole dell'azione è civile, il giudice debba astenersene, rinviando la causa avanti il giudice competente, che sarebbe lui stesso nella qualità di giudice civile.

Anche qui siamo divisi. Vado per le brevi. Io penso che il giudice possa ritenere la causa, dichiarando però espressamente che la causa ha carattere civile e non commerciale, e come tale debba proseguirsi. Quando non vi sia una ragione particolare per annullare gli atti condotti sino a quel punto, non troverei giustificato il giro vizioso di rinviare la causa per riprenderla, poichè possedendo il giudice la doppia giurisdizione, ne segue che non è mancata in lui la giurisdizione la quale non è attribuita dall'enunciazione dei litiganti, ma dalla intima natura dell'oggetto di cui si disputa. Ma ho detto ch'egli deve pronunciare sentenza nella quale dichiari che la causa non è commerciale ma civile, e come tale deva proseguirsi. La sentenza è appellabile. L'attore può avere un ben grave interesse per sostenere che la causa è commerciale, e per le più utili conseguenze ch'egli può ritrarre da un giudizio commerciale (fra le altre quella dell'arresto personale) (art. 726 del Codice di commercio), e per la qualità delle prove.

Ho detto ancora *perchè non vi sia una ragione particolare* per annullare il processo.

Avendo l'attore spiegata un'azione che nel senso suo era commerciale, potrebb essersi osservato il procedimento proprio dei tribunali di commercio. Fingiamo il procedimento formale. Noi sappiamo quanto i termini siano ridotti (art. 393 e seg.). Collo sviluppo della causa si vede avanzare il titolo commerciale, ed uscir fuori una vera e propria controversia civile. Il convenuto ha facoltà di svolgere le sue difese con quell'ampiezza che gli concede il procedimento civile. Insistendo nella nullità del processo per incompetenza, egli è nel suo diritto; e il tribunale deve in effetto rinviare la causa al tribunale competente, che sarà per avventura egli stesso, ma nell'attributo di tribunale civile.

L'altro caso è, che essendosi ritenuta commerciale la causa, come portavano le apparenze, siano stati accolti e applicati mezzi di prova, che ammissibili in giudizio commerciale (articolo 92 del Codice di commercio), non siano compatibili col giudizio civile.

Articolo 188.

Nei casi indicati nell'articolo 104 l'istanza per la rimessione della causa all'autorità giudiziaria, che deve decidere a norma dello stesso articolo, può essere proposta in qualunque stato e grado della causa.

Annotazioni

1. I *casi indicati* sono la contemporanea introduzione di due giudizi identici o connessi avanti due autorità giudiziarie ugualmente competenti, da decidersi col metodo della prevenzione.

Trattandosi di regolamento d'ordine e di ovviare al gravissimo inconveniente che due cause identiche o connesse siano variamente e forse contraddittoriamente giudicate, la legge attribuisce minore importanza al consenso delle parti, permette di revocarlo, onde ammette la eccezione declinatoria in *qualunque*

stato e grado della causa, *e quindi anche nel giudizio d'appello.*

2. La eccezione della liti-pendenza, che è quella di cui qui si tratta, *non nega*, come ognun vede, *la giurisdizione abituale*, *ma la giurisdizione in atto*, nel suo presente e concreto esercizio.

3. La eccezione di una parte può essere seguita da una domanda dell'altra affinchè l'autorità giudiziaria affermi la propria competenza, o, in altre parole, affermi il proprio diritto di giudicare quella causa, sulla norma dell'articolo 104, che ne fa una questione di tempo, o piuttosto, se così vuole la verità, se ne spogli e la rimetta all'altra autorità giudiziaria che viene in contrasto (da non chiamarsi ancora propriamente *un conflitto*), salvo l'appello o il ricorso di ragione.

In tutto la disposizione di questo articolo è limitativa di quella enunciata nel secondo periodo dell'articolo a cui fa seguito.

4. **Precedenti storici** — In Francia le dottrine sono varie ed opposte. Merlin e Delaporte vedevano la giurisdizione prorogata col consenso. Altri (Thomine, Carré, Boitard, Boncennel stanno per l'ordine; rigettano, malgrado ogni consenso, una incongrua pluralità di giudizi. Il Chauveau ridurrebbe la questione giuridica a un apprezzamento di fatto, in sostanza, essendovi opposizione, lascierebbe fare al tribunale, sarebbe caso di prudenza - ma nel silenzio delle parti non potrebbe il rinvio pronunciarsi d'ufficio (In Carré, quest. 732).

5. La conclusione è vera anche per noi La nostra legge *non impone ai giudici la pronuncia d'ufficio.* Sarebbe di quelle decisioni che *non sono propriamente d'ordine pubblico; ma tengono all'ordine pubblico e contribuiscono a mantenerlo*, e non male si direbbero *d'ordine pubblico secondario*, che non è necessità che esista, ma è bene che esista, che non si può imporre, ma si può sempre invocare; vi si può rinunciare, ma alla rinuncia si esige una persistente e costante volontà.

6. La domanda *di unione*, quando cause connesse sono portate separatamente avanti lo stesso tribunale, o avanti sezioni diverse della stessa corte, è favorita da questa legge che per giusto argomento di analogia può essere invocata Potrà quindi prodursi sempre la domanda di unione, ben inteso che la facoltà di accoglierla è pienissima nel tribunale e incensurabile, dipendendo da un apprezzamento di fatti e di circostanze. *Dovrà pure essere rigorosamente osservata la legge della prevenzione, trattandosi di due distinte sezioni del tribunale o della corte?* Sono realmente due tribunali distinti, e ritengo che quella norma debba osservarsi.

Articolo 189.

Le quistioni d'incompetenza o declinatoria del foro sono proposte e giudicate secondo le norme stabilite per gli incidenti.

Annotazioni

Temo che la redazione di questo articolo abbia a dirsi poco considerata, che sia peccante almeno di soverchia generalità. Cosa mai farà la benevola interposizione del presidente e *l'accordo delle parti* (V articolo 181) in una questione d'incompetenza *per ragione di materia o di valore?* Quanto alla seconda parte dell'articolo 181 può forse concedersi all'autorità del presidente di rimettere le parti all'udienza fissa, *anche per la decisione del merito?* La trattazione di un tale incidente, nel quale si decide della giurisdizione, non può mai esser confusa colla trattazione del merito. E come si assegna a siffatte *questioni di incompetenza e declinatoria del foro*, così generalmente annunciate, il rito degli art. 181 e 182, *se l'autorità giudiziaria deve pronunciarla anche d'ufficio?*

È forse mai che vi sia dell'urgenza in una questione d'incompetenza, onde il presidente, affrettati i termini, abbia a risolverla secondo l'articolo 182? Più ancora: decidere una questione d'incompetenza non è forse un farsi giudice dell'intero collegio, delle sue attribuzioni e della esistenza della sua giurisdizione? Può essere lecito al presidente? È nella sfera, nella portata delle ordinarie sue facoltà, e congruo ai suoi naturali poteri? Che sarà quando si rammenti che il presidente può delegare *a priori* un membro del collegio, un semplice giudice (articolo 186), che per conseguenza si eleverebbe sopra il collegio, pronunciando ch'esso è incapace di giudicare e privo di giurisdizione? Come farebbe esecutoria la propria ordinanza, malgrado il reclamo? Onde neppure l'articolo 182 può ricevere in simili casi esecuzione.

E quanto alla eccezione d'*incompetenza rela-*

tiva, non siamo pressochè negli stessi termini? Ammetto che da questo lato gli inconvenienti sono minori; ma dove ne andrebbe la facoltà di discutere coll'incidente il merito, se *ogni istanza, ogni difesa di merito* è incompatibile colla eccezione d'incompetenza relativa, perchè di fatti è l'accettazione della competenza? E la parte reclamante dovrebbe pure assumere in lungo e in largo la esposizione del merito in una *comparsa* precedente all'udienza se non vuole abbandonare il campo all'avversario!

Chi ha la pazienza di seguirmi in questo corso esegetico, rammenta che io lodai nella nuova sistemazione degli incidenti meglio la potenzione che il fatto.

Ma dunque, si dirà, signor critico, non si dovrà obbedienza a questa disposizione, quasi non fosse scritta?

Ogni legge dev'essere obbedita. Si presenterà al presidente la domanda, e il presidente farà quello che è possibile giusta la natura della domanda. *Sentirà le parti* e destinerà la udienza, con vantaggio di termini per l'attore, ma non deciderà la questione della incompetenza, rimettendo la discussione alla udienza avanti il collegio.

§ 2.

Delle eccezioni di nullità.

Articolo 190.

Le nullità degli atti di citazione sono sanate colla comparizione del citato, senza pregiudizio dei diritti quesiti anteriormente alla comparizione, salvo il disposto del capoverso dell'articolo 145.

Il contumace può nel giudizio di opposizione o di appello impugnare per nullità la citazione che precedette la sentenza contumaciale, ma deve farlo prima di ogni altra difesa, salvo la declinatoria del foro.

Annotazioni

1. Precedenti storici. — *Legislazione comparata.* Per l'articolo 173 del Codice di procedura civile francese è stabilito che le nullità sì della citazione, che degli atti di procedura, si reputano sanate, se non sono opposte prima di qualunque difesa di merito, e di ogni altra eccezione che non sia quella d'incompetenza. L'articolo 256 del Codice sardo del 1854 ripeteva testualmente la disposizione dell'art. 173 del Codice francese. Le variazioni, e starei per dire le difficoltà, cominciano dal Codice di procedura del 1859 (articolo 253): « *Le nullità degli atti di citazione si reputano sanate colla comparizione del citato*, ma per alcuni effetti, e non per altri. Sono sanate le nullità *anzidette per quanto riguarda il procedimento giudiziario e la decorrenza dei termini relativi alla istruttoria della causa* ». L'attore non è perciò quietato su tutte le conseguenze del suo atto vizioso. Riflettendo che le *nullità o irregolarità dell'atto* potevano anche partorire eccezioni utili al convenuto nel merito, la legge preservava nominatamente siffatte conseguenze. I nostri legislatori sono tornati con un proposito, che io crederei non diverso o almeno non molto diverso, sopra questa disposizione che tanto ha d'intrinseca importanza quanto pena ad esprimersi chiaramente.

2. Così vediamo successivamente, e direi progressivamente, perder valore la ragione della forma, il concetto della sostanza e della verità prevalere ed emergere il principio che il criterio della validità di un atto giudiziale è fondato nella sua relazione sufficiente col fine che il legislatore si propone, onde, a fine ottenuto, sarebbe ingiustificato il rigore che colpisse tuttavia l'atto d'incapacità e d'inesistenza. La citazione è mezzo di chiamare una persona in giudizio, come mai potrà asserire che non fu citato colui che produce la citazione, e per virtù di quella si presenta? Questo discorso è semplice e vero, comparire per sostenere che la citazione sino a lui non pervenne, o che le indicazioni del suo nome, de' suoi titoli, del suo domicilio erano tanto incerti che a lui non avrebbero potuto appropriarsi, è un triste cavillo quando il fatto della sua presentazione smentisce tutto questo. Noi ne siamo convinti. Non molti anni addietro non si pensava così, e generalmente le pro-

cedure italiane, da ultimo abolite, tenevano al sistema francese. La comparizione consideravasi non atto di adesione e di accettazione ma quale atto necessario alla difesa. « Comment serait-il possible de préalablement « exiger ou proposer une nullité, si l'on n'a pas « commencé par comparaître? », osservava il Boncenne, ed era il punto di vista dello stesso legislatore.

Per noi è un'altra cosa: la comparizione pura e semplice è l'approvazione e acquiescenza completa, la medicina di ogni nullità della citazione. Raccogliendo le opinioni fra le tante che per così dire inondano questo punto di diritto giudiziario, si può far ragione che gli stessi scrittori francesi ritengono sanati i vizi della citazione che cadono in quelle parti dell'atto che riguardano la persona del convenuto, il quale comparendo s'identifica et *habet se pro vocato*. Noi moderni difatti non comprendiamo più cosa ci fosse di sostanzialmente inviolabile in un atto di procedura, da non potersi legittimare dalla volontà di quello a cui favore la nullità sarebbe indotta. Ma vi sono ben altre nullità: tali riguardano la persona e qualità dell'attore, altre l'oggetto della lite, la enunciazione dei mezzi ai quali si appoggia l'azione. Sembra che vizi di quella maniera interessino la sostanza del giudizio. Lascio parlare il Boncenne, che meglio di me è in grado di esprimere il mio stesso pensiero. Dopo aver detto che comparire per difendersi è *necessità*, aggiunge: « Il faut distinguer et « ne pas rattacher à la question générale « toutes les espèces de défectuosités qui peu« vent vicier un ajournement. — Sans peine « on comprendra qu'il n'y a rien de contraire « à l'ordre naturel des idées, quand je viens à « l'audience demander la nullité d'un ajour« nement qui ne contient *ni l'objet de la de« mande, ni l'exposé sommaire des moyens*: « car ce n'est pas là seulement le mépris d'une « forme servant à constater le fait de l'assi« gnation, c'est *la suppression du droit de dé« fense et de ses garanties les plus sacrées: c'est « m'appeler au tribunal et requérir que j'y sois « condamné, sans que je sache à quoi, pour quoi « et sur quoi*. L'ajournement est bien parvenu « à sa cause finale quant à ma comparution, « mais non en ce qui touche la préparation et « la sûreté de ma défense. *Lorsque j'en porte « une plainte contre une tentative de guet« apens, il serait trop absurde de supposer que « je l'approuve* ». Osservazioni non dissimili si trovano nelle Lezioni di procedura del Boitard (part. I, lib. II, tit. IX, *des exceptions*).

La verità di codeste proposizioni è splendente: contuttociò è impossibile introdurre una distinzione contro quella formola tanto generale, *le nullità della citazione sono sanate*. Ho voluto investigare la mente del legislatore nella relazione del Pisanelli, ed è là espressa nel suo lucido stile, fattasi da lui medesimo l'obbiezione: « Però scopo della citazione non « è soltanto d'intimare al convenuto che si pre« senti in giudizio, essa ha inoltre *quello di « fargli conoscere l'oggetto della domanda, af« finchè possa preparare le sue difese*. Quando « nell'atto di citazione si fossero commesse « tali irregolarità da rendere incerto il con« venuto sull'oggetto della domanda, *nacque « il dubbio se, comparendo, potesse preliminar« mente opporre la nullità della citazione per « essere assolto dalla osservanza del giudizio*. « *Prevalse l'opinione negativa*. Il convenuto « potrà chiedere gli schiarimenti necessari a « precisare l'oggetto della domanda, prote« stando di non esser tenuto a difendersi nel « merito, finchè l'oggetto stesso non sia me« glio indicato. Mentre viene per tal modo « raggiunto lo scopo della citazione, si evitano « le spese e i ritardi inevitabili quando fosse « necessaria una nuova citazione ». Con tutta la riverenza che io professo per quel chiaro lume della scienza, mi permetto di osservare che se la trascurata menzione dell'*oggetto e dei motivi di fatto e di diritto* non fa che legittimare dal lato del convenuto il rifiuto di difendersi in merito sino a schiarimenti ottenuti, era perfettamente inutile farne capo di nullità nell'articolo [illegible], e non si vederebbe perchè in miglior condizione abbia a trovarsi il contumace, e perchè soltanto in suo favore sia da pronunciarsi la nullità, mentre trattasi di tale difetto che non ha potuto influire nè sulla notificazione dell'atto, nè sulla contumacia di lui.

Tali cose premesse, e nonostante le osservazioni critiche che possono farsi intorno a questo sistema, urgendo la parola della legge, è forza fermare questo importante corollario: *che la nullità della citazione, per qualsiasi vizio di forma, non può mai allegarsi da chi comparisce, ed è riservata soltanto a colui che fu condannato in contumacia nel giudizio di opposizione o d'appello*.

3. Che s'intende con quelle parole *senza pregiudizio dei diritti quesiti anteriormente alla comparizione*? Se non m'inganno, questa eccezione è sostituita all'altra del precedente Codice: « Rimarranno conseguentemente salve « tutte le eccezioni di nullità o di irregolarità « della citazione nel solo caso *e per quanto « possano avere influenza sulla decadenza nel*

si reputi nulla) equivale al rinunciare alla declinatoria del fôro, ripugnando che domani si respinga una giurisdizione che oggi si è invocata ed accettata.

La eccezione declinatoria è dunque pregiudiziale in ogni caso. Ma reietta, *potrà il contumace assumere la domanda di nullità della citazione?* Lo potrà certamente, non essendo la eccezione declinatoria considerata come ostativa, e la sua priorità è inevitabile. Può vedersi il secondo capoverso dell'articolo 253 del Codice del 1859, che secondo me, è espresso con maggiore chiarezza (1).

Le nullità degli atti di citazione sono sanate colla comparizione del citato, ancorchè il comparente non abbia altro scopo che fare annullare la citazione, e si circondi di riserve e cautele. Peraltro *il contumace può nel giudizio di opposizione o di appello impugnare per nullità la citazione che precedette la sentenza contumaciale* così l'articolo suddetto, nel secondo periodo. Ad illustrazione viene opportuna la decisione della Corte di cassazione di Torino, del 5 aprile 1866 (*Monitore de' Tribunali*, 1866, num. 17) (2).

B. appellò da sentenza contraria, citando in appello *A.*, *C.* ed *R.* Il primo solo comparve costituendo il suo procuratore. La corte con sentenza dichiarò la contumacia di *C.* ed *R.*, riunì la causa a quella di *A.*, rinviò la discussione del merito ad altra udienza, avvisando le parti che si sarebbe provveduto per tutti con una sola sentenza che non sarebbe soggetta ad opposizione, ordinò la notificazione della sentenza contumaciale, tutto questo prescriveva l'articolo 228 di quella procedura (3).

In seguito alla notificazione, *R.* comparve e fece opposizione alla sentenza, dicendola nulla perchè fondata in una citazione irregolare e nulla, quale fu quella colla quale s'introdusse l'appello.

La corte suprema, colla sentenza che respinse la eccezione, stanziò questa massima: « Quando dopo una citazione non seguita da « comparizione se ne opera una seconda, oppure si fa la notificazione di una sentenza « di contumacia e di unione della causa del « contumace con quella di uno o più comparsi, « notificazione che equivale a nuova citazione, « la comparizione, in dipendenza di questa « nuova citazione o notificazione, potrà bensì « far ritenere sanati i vizi di cui fossero in« fetti questi due atti (4), *ma sarà sempre « inefficace a coprire la nullità della citazione « precedente* ».

Nulla di più giusto. Se il comparso ha diritto di opporre i vizi di una citazione anteriore, non sanati, ovvero l'ignoranza e quindi l'inesistenza di una citazione che a lui mai non pervenne, il contumace deve dunque ammettersi a fare opposizione, e il giudizio di appello in tal caso manca di fondamento.

Se questa condizione di cose si verifica nel primo giudizio, il condannato in contumacia può appellare, e in grado di appello domandare la nullità di tutto il processo. Ma in grado di appello gli è assai giovevole fare opposizione ove gli competa, più non restandogli appresso che il rimedio straordinario della cassazione.

Articolo 191.

Le nullità degli atti di procedura posteriori alla citazione sono sanate, se non siano proposte specificatamente nella comparsa successiva all'atto che si vuole impugnare.

Annotazioni.

1. *Non vi è nullità sostanziale degli atti di procedura* libero alle parti di abbandonarla e proceder oltre. La sanzione di nullità deve garantire qualche cosa *nell'interesse delle parti* quando non ha più quest'oggetto perchè le parti, non approfittandone, mostrano di non avere interesse, chi dovrà ridestarle? Ma la legge fa di più; pretende la proposizione *specifica* della nullità alla prima comparsa. *La domanda di annullamento dev'essere formale e precisa.* E se niun'altra comparsa scritta avrà luogo, la nullità *dovrà proporsi preliminarmente all'udienza.* Non monta che l'avvocato anzichè il procuratore venga perorando la causa, osservazione che ho creduto di fare perchè uomini, nella pratica maestri, tennero

(1) Altre osservazioni che si connettono alla presente riserbiamo al titolo *Della contumacia*.

(2) Questa sentenza ha rapporto coll'articolo 253 del Codice di procedura albertino del 1859, identico su questo punto.

(3) A questa disposizione corrisponde l'art. 385, comma 2° dell'attuale.

(4) Cioè, o la seconda citazione o l'atto di notificazione della sentenza.

che l'aringa dell'avvocato non faccia danno (Merlin, v° *Saisie immobilière*, § 2, articolo 2, n° 11 Favard de Langlade, ed altri); massima da noi pure osservata altrove, ma in caso diverso, dove cioè la legge non pronuncia letteralmente la decadenza. Nella ipotesi ivi supposta (Annotazioni all'articolo 176) la eccezione di nullità era già stata dedotta, e si trattava di sapere se, avendo l'avvocato omesso di parlarne nella sua discussione, fosse da credersi abbandonata. Qui si tratterebbe che la eccezione di nullità non sarebbe proposta, ma invece sarebbe stata preoccupata dalla esposizione di altri mezzi, e divenuta improponibile.

2. Cosa siano *atti di procedura* o in qual senso almeno vengano nel presente articolo, è facile comprendere. Sono gli atti e i fatti delle parti onde si svolge la tela processuale dalla citazione introduttiva alla sentenza finale. I decreti, le ordinanze, le decisioni, i fatti insomma del giudice, *non si considerano atti di procedura per l'effetto di questa legge*: altre disposizioni sono da applicarsi, le quali insegnano per quali vie possano impugnarsi, e come si decade da tale diritto.

Articolo 192.

Per la dichiarazione di nullità degli atti le parti si provvedono nel modo stabilito per gli incidenti.

Quando la parte, che avrebbe diritto di opporre la nullità, sia contumace, la nullità deve essere pronunziata d'uffizio.

Annotazioni.

Il giudice della contumacia pronuncierà *d'ufficio* la nullità della citazione. Pare che questa disposizione renda inutile quella del capoverso dell'articolo 190, eccetto che il vizio non sia sfuggito alla perspicacia del giudice che avrebbe dovuto pronunciare d'ufficio la nullità.

SEZIONE III

Della garantia e dell'intervento.

§ 1.

Della garantia.

Articolo 193.

Chi vuol chiamare un terzo in garantia deve proporne domanda nel termine stabilito per rispondere.

Nel caso di più convenuti in garantia si osserva la disposizione dell'articolo 151.

Articolo 194.

Quando la domanda in garantia dia luogo ad altre domande della stessa natura, queste sono proposte nel termine indicato nell'articolo precedente.

Annotazioni.

1. Il termine a rispondere è *quello assegnato nella citazione*. Per l'articolo 151, più essendo i citandi, a ciascun convenuto si assegna quello che rispettivamente gli compete. Chi adunque vuol chiamare un terzo in garantia, non ha che a consultare il termine a lui proprio.

2. Benchè la legge supponga di preferenza nel convenuto l'esercizio di questo diritto (che di fatti avviene più di frequente), anche l'attore potrebbe trovarsi in pari contingenza e farsene il bisogno. *B.*, cessionario, cita *M.*, debitore ceduto, costui si oppone, contesta il debito. È forza che *B.* chiami in causa il suo cedente *O.* Come si applicherà la legge? Dovrà chiamarlo il più presto possibile *e senza dubbio nel termine che la legge gli concede per replicare al convenuto*. Quella chiamata sarà la sua risposta. Così detta la regola d'analogia non senza avvertire che la celerità, di cui qui la legge è sollecita, è nell'interesse principalmente dell'attore onde il sistema difensivo del convenuto non porti incongruo ritardo all'esercizio della sua azione. Si è detto *principalmente*, mentre è pure nelle viste della legge che l'azione e le eccezioni si svolgano, per quanto è possibile, in simultaneo processo, il che tanto conferisce alla maturità dei giudizi.

3. Da una domanda in garanzia può svilupparsi il bisogno di un'altra, e così di seguito. Supponiamo più venditori successivi del medesimo fondo che dai compratori immediati vengono di mano in mano investiti a prestare la garanzia formale. Dice l'articolo 194 *che le domande sono proposte nel termine indicato all'articolo precedente*. Intendi *sano modo*; vale dire nel termine che ad ognuno viene assegnato nelle rispettive citazioni.

Articolo 195.

Quando sia proposta la declinatoria del foro, il termine per chiamare in garantia non decorre finchè non sia risoluta la quistione di competenza.

Annotazioni

1. Vediamo qui di nuovo spiccato e trionfante il teorema della competenza. Se la negazione di essa, cioè la incompetenza, dipende dalla volontà delle parti, se la incompetenza non è assoluta per ragione di materia o valore, riconosciuta in qualsiasi modo la giurisdizione, non può più rifiutarsi. Ed a riconoscerla, basta il solo atto di chiamare un terzo in garanzia, e siccome potrebbe ragionevolmente obbiettarsi che intanto mancherebbe il termine per farlo, la legge provvede, dichiarando *che il termine non decorre finchè non sia risoluta la questione d'incompetenza*. Un'altra ragione ne diede il ministro Pisanelli: *è prematura la chiamata del garante a intervenire quando il convenuto chiede l'assolutoria dalla osservanza del giudizio*.

2. Ora, ripigliando la questione toccata nell'ultima Annotazione all'articolo 187, a quale domanda appartenga la priorità, non è lecito fra noi disputare, e solo può meritare attenzione l'argomento accennato in quella nota *che concerne i diritti del garante*. Accade talvolta in realtà che il garantito ha meno interesse di sbrigarsi dal giudizio con un'assolutoria che non lo esime da una nuova persecuzione giudiziale, che di vedersela prontamente col suo garante da cui aspetta una liberazione o una soddisfazione definitiva. E sussiste ciò che i propugnatori di quella opinione sostengono, che il vero, forse l'unico, interessato è il garante, che non si saprebbe intendere come per un fatto non suo dovesse rimanere pregiudicato, e perchè a lui stesso non sia concesso il diritto di opporre la declinatoria del fôro. La questione in vero si veste di alcuni nuovi elementi che la legge, parlando semplicemente del fatto del convenuto, non poteva avere in considerazione. Nondimeno è forse possibile trovare una soluzione nuova, una soluzione non conforme ai combinati disposti degli articoli 187 e 195, cospiranti nel prescrivere l'assoluta, l'indeclinabile, *priorità della eccezione d'incompetenza*, e ciò per il riguardo che dovrebbe meritare la posizione del terzo chiamato in causa? Ma la logica della legge è inesorabile, non essendo il sistema adottato che la professione di un principio. Ciò che decide logicamente la questione si è questo, che il terzo chiamato in causa si presenta a giurisdizione riconosciuta e raffermata ove non si tratti d'incompetenza per ragione di materia o valore, il che è sempre sottinteso nella presente trattazione; ed egli, il garante, per quello che diremo in seguito, è costretto a seguire una giurisdizione che non è sempre la sua giurisdizione naturale ch'egli non può per conseguenza reclamare. Non stanno adunque le ragioni, d'altra parte ingegnose, che intenderebbero rivendicare al garante la libertà di eccepire la declinatoria del fôro.

2. Nel precedente sistema, come pressochè in tutti i Codici di procedura, erano prese in considerazione le *eccezioni dilatorie*, nominatamente primeggiando quella di deliberare sull'eredità e di fare l'inventario. Onde il termine a simili operazioni ordinato dalla legge

civile, insinuandosi nel corso del procedimento, lo teneva sospeso con ritardi, dannevoli alla giustizia. Con piacere abbiamo veduto sparire le eccezioni declinatorie. Con ciò la legge del processo è stata posta in armonia colla legge del Codice civile, che con una disposizione nuova e bellissima ha stanziato che l'erede deliberante può, in pendenza del suo esame, essere chiamato in giudizio in qualità di *curatore di diritto dell'eredità per rappresentarla e rispondere alle istanze contro le medesime proposte* (articolo 964). Trovo la medesima soluzione in Chauveau in Carré, questione 774 *bis*, tanto più adunque la ritengo fondata.

3. Così siamo entrati nell'esame di quella parte importante del presente istituto, *che è la competenza del foro*. Proseguendo, saremo brevi, come ci è imposto. Del sistema prescelto a questa materia del nuovo Codice diremo in generale che si è avuto assai cura di semplificare, di ridurre, di stringere in pochi dettati le numerose prescrizioni della legge del 1859. In quell'articolo 259 era espressa la nozione della competenza. *I chiamati in garanzia sono soggetti al tribunale dinanzi cui pende la causa principale*. Nulla di questo leggiamo ora, ma s'intende: il garante deve venirsi a battere nello stesso foro, avanti gli stessi giudici, la sua causa diventa subalterna, non è che incidentale (art. 199). Non sfugga però una omissione, che vale o può valere, secondo il punto di vista, una innovazione. Giusta l'indicato articolo 259 il *negare di essere obbligati a prestare la garanzia* non bastava a declinare il foro (quale sarebbe di fatti il merito della questione?), ma si accordava l'eccezione *nel caso in cui risultasse che la domanda principale fosse stata proposta al solo oggetto di distrarli* (i chiamati) *dal loro tribunale, al quale in quel caso i chiamati in garanzia debbono esser rimessi*.

Questioni. — *a*) *È derogato a quella legge?* Vediamolo. La frode, sempre pessima e indegna ministra del diritto, deve respingersi, chi ne dubita? La competenza che trae il terzo nell'orbita dello stesso giudizio, è fondata nella virtù di un rapporto giuridico stretto fra garante e garantito, se per caso è ordita una frode per privare il terzo della sua giurisdizione naturale, il rapporto giuridico può esistere ancora, ma vi è sovrapposto un elemento fittizio che ne altera l'effetto. Tizio ha acquistato da Caio, che risiede a Ravenna, delle cose mobili, ma non le ha consegnate. Tizio dovrebbe a questo effetto citarlo avanti il tribunale di Ravenna, ma per una ragione qualunque ha in uggia quel tribunale, e gli piace di fare la causa avanti il proprio tribunale, che è quello di Ferrara. Finge di cedere gli stessi mobili a Sempronio, e si lascia citare a Ferrara, così citato, chiama avanti lo stesso tribunale Caio di Ravenna quale garante, onde gli consegni i mobili per rimetterli al supposto cessionario. Il rapporto di diritto *esiste in fatti fra Tizio e Caio*, ma la simulata cessione opera di maniera che il sistema ordinario della giurisdizione viene alterato in danno dello stesso Caio. È mai possibile che la nuova legge, togliendo di mezzo l'anteriore che colpiva un simile raggiro, abbia voluto permetterlo? No. *La legge non ha creduto di aver bisogno di esprimerlo*: ecco tutto. Come legge di procedura, avrà anche creduto di non doverlo fare. Provveggono i principii generali di diritto che la frode non abbia mai a partorire effetti giuridici. Forse la specificazione stessa portata dall'articolo 259 si è trovata più dannosa che utile, quasi escludesse ogni altra specie di frode, onde possono simularsi relazioni di diritti e giudizi in altri ordinamento. Insomma *l'abolizione dell'articolo non equivale all'abolizione del suo contenuto e della* sanzione legale contro i fatti immorali che emanano da un principio superiore, e senza bisogno di enumerarli, indistintamente li proscrive.

b) *Può chiamarsi in garanzia avanti un tribunale di commercio un individuo non commerciante, obbligato bensì come garante, ma non a titolo commerciale?* Risponderò colla dottrina del Chauveau: « *On ne peut pas traduire devant un tribunal de commerce* à raison soit du non paiement d'une lettre de change, soit de la nullité d'un protêt, un individu non commerçant qui n'a *fait que garantir le paiement*, l'huissier ou le notaire qui ont commis une nullité. La même solution serait applicable toutes les fois qu'on voudrait porter une demande en garantie devant un tribunal criminel ordinaire ou militaire, devant un tribunal de prud'hommes, devant un conseil de préfecture, ou bien devant un tribunal civil en chambre de conseil, jugeant en dernier ressort ». La legge sistemando il procedimento dell'intervento forzato o volontario, non si preoccupa di quei principii che vi pongono un limite necessario e inevitabile: questa importante avvertenza appartiene alla scienza del metodo, e previene molti equivoci e molti errori. Perchè mai il non commerciante che ha garantito un credito commerciale, ma senz associarsi alla operazione commerciale, e per causa e scopo puramente civile, non può esser tradotto in ga-

ranzia avanti il tribunale di commercio? Si dirà forse non esser quello il tribunale competente? Ma abbiamo già visto che uno degli effetti speciali, o, se volete dire, eccezionali del giudizio di garanzia, è di poter trasportare il garante avanti la giurisdizione non sua, e distrarlo da suoi giudici naturali. Il teorema è questo: *è derogato al principio della competenza personale, ma non della competenza reale*, onde saviamente Joccoton: « Cette « incompétence (materiale) tient éminemment « à l'ordre public, puisqu'elle concerne la li« mite des pouvoirs assignés à chaque juri« diction, elle est radicale, absolue, et doit « l'emporter sur toute autre considération. « Ainsi il nous semble impossible d'admettre, « comme l'on fait quelques arrêts, qu'un tri« bunal d'*exception* (io non lo chiamo d'ecce« zione, ma esercente una giurisdizione sua « propria e sostanziale), *tel que la juridiction « consulaire ait droit de statuer sur une de« mande en garantie formée contre un citoyen « qui n'est pas négociant, et qui n'a pas fait « acte de commerce* » (*Des exceptions de procédure*, num. 273).

c) *Se la domanda in garanzia possa portarsi per la prima volta avanti la Corte d'appello?* No. Questa è la risposta del Thomine, tom. I, pag. 337, del Pigeau, *Commentaire* tom. I, pag. 405; di Carré, quest. 773, del Merlin, di Lepage, in breve, del maggior numero degli scrittori francesi, conforme alla giurisprudenza più ricevuta in Francia. È una proposizione che passa per *assolutamente incontestabile* (V. nota 1 alla citata quest. 773 del Carré. Si va più avanti sino a decidere che la Corte d'appello può d'ufficio rigettare la domanda (Cassazione francese, 11 febbraio 1819, *Journal Av.*, tom. XVIII, pag. 920), nel che per altro il Chauveau non conviene. Poche volte ho veduto decisa presso noi la questione, ma in generale si sente colla giurisprudenza francese. La corte di Casale, nel 14 febbraio 1851 (Bettini, 1851, part. II, pag. 166), dichiarò espressamente che la chiamata in garanzia non è accettabile in appello. Altra decisione in questo senso fu quella della Corte di Genova, 12 marzo 1856 (Bettini, 1856, part. II, pag. 342).

La ragione principalissima si è che non si può privare veruno del diritto di godere di due gradi di giurisdizione, che la domanda di rilievo o garanzia è nuova; che domanda nuova non può ammettersi in appello.

V'è della temerità, dice Joccoton « à com« battre de front un point de doctrine qui pa« raît aussi solidement établi ». Ricorda per altro, ed io pure credo non inutile farne qui nota, che, sotto lo impero della Ordinanza del 1667, non più esplicita degli articoli 59 e 181 del Codice di procedura civile francese che ne discesero, i più stimati interpreti e gli stessi parlamenti avevano adottata la massima potersi portare l'azione di garanzia in appello, omisso medio. L'autore adduce alcune ragioni al num. 292, che non sono senza valore. Ma il Pescatore, che ha trattato di recente questa materia, ha fatto, in senso contrario alla opinione più comune, un riflesso nuovo e decisivo. Richiamando l'art. 1647 del Codice albertino, identico al 1640 del Codice civile francese, dice non saper intendere come abbia potuto stabilirsi che la domanda in garanzia non possa presentarsi in grado di appello (*Esposizione della procedura civile*, tom. I, pag. 239).

Io aggiungerò, trascrivendolo, l'art. 1497 del nuovo Codice civile: « La garanzia per « causa di evizione cessa quando il compratore « si è lasciato condannare con una sentenza « passata in giudicato, *senza chiamare in giu« dizio il venditore, se questi prova che vi erano « sufficienti motivi per far respingere la do« manda* (1). Secondo il diritto romano, cessava la garanzia se il compratore non avesse denunciata in tempo opportuno la lite che gli era stata mossa contro (Legge 53, § 1, Dig. l. 8, 20, Cod. de evict.). La denuncia poteva farsi in qualunque tempo, *ut de ea re agendo adsit, quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione, dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat* (Leg. 29, § ult., Dig. de evict., Leg. 1, § ult., Dig. ad SC. Turpill.). Gli interpreti e la pratica dichiaravano: « *Sed « etsi in prima lite denunciatio omissa sit, ac « emptor succumbens appellaverit, etiam tunc « auctori recte, ut saltem in appellationis lite « assistat, denunciatur, cum sic defensio etiam « nunc integra sit*, quia, ut Marcianus ait, « *provocationis remedio extinguitur senten« tiae pronunciatio* » (Voet, ad tit. de evict., num. 23).

Si può dimenticare questa splendida tradizione, ma bisognerà tener conto delle ragioni

(1) Variante nell'articolo 1647 del Codice albertino. — Quando il compratore si è lasciato condannare con una *sentenza pronunciata in ultima istanza*, e di cui non è *ammessibile l'appellazione* senza chiamare, ecc.

in tema che appartiene alla normalità del diritto. Se la difesa del garante è possibile in grado d'appello, se giunge tuttavia opportuna, se specialmente in questo concetto rientra la stessa legge civile, che altrimenti non avrebbe senso, sarà dunque mestieri modificare la troppo assoluta teoria, che in Francia è radicata, e nei nostri tribunali serpeggia ed ha proseliti. Guardiamo bene che *la legge in questa sezione*, come pure nelle seguenti (salve le opportune restrizioni) *detta le sue norme non solo pei giudizi di prima istanza e pei tribunali civili, ma eziandio per le corti d'appello* (*Epigrafe del capo*), che non potrebbe obbiettarsi che l'intervento di un terzo (coatto o no) sia essenzialmente *una domanda nuova*, *mentre in date posizioni giuridiche l'intervento del terzo è ammesso* (articoli 491 e 201), *che domande nuove sono quelle che riguardano il decisorio della causa, ossia l'oggetto della questione* tale non essere l'aggiunzione di altre parti, se ciò sia reso necessario o legittimato dalla natura degli interessi che vi concorrono, che lo scopo oggettivo della causa non muta in danno della parte contraria, che sotto il rispetto di domande nuove è d'uopo avvertire, che se il chiamato intervenga, *dovrà limitarsi alla difesa concordata nelle conclusioni di prima istanza*, e non proporre domande nuove.

E quanto all'obbietto tratto dal diritto delle due istanze, stanno non inutili le considerazioni seguenti, in quanto a ciò che si crede imprescindibile, *il doppio grado di giurisdizione*.

La domanda in garanzia non è che una domanda accessoria, notò Joccoton « Sa demande (del convenuto) en garantie n'est-elle pas *une annexe, une dépendance de la demande originaire?* ». Solo le domande principali godono per un principio d'ordine pubblico e fondamentale, dei due gradi di giurisdizione E se già non avessi passato il segno della sobrietà che mi è imposto, potrei, con esempi, provare che ci sono incidenti provocabili in appello, o per necessità si restringono ad un solo esperimento. Qui convien riflettere, che il garantito si è sempre battuto nell'interesse dello stesso garante, e che identificandosi, se non le persone, almeno gl'interessi, sarà logico concludere che la difesa dello stesso garante ha potuto svolgersi per tutto il corso del processo per mezzo delle ragioni che ha dedotte o poteva dedurre il convenuto.

Se non che io ritengo (e questo finisca di raddolcire l'urto delle nostre divergenze) che il chiamato tardivamente in causa potrà opporsi con buone ragioni tratte dalla situazione stessa della causa se, per esempio, il convenuto si fosse male difeso, se avesse scambiata la questione, mal poste le conclusioni, appunto perchè il preteso garante trovasi così pregiudicato nell'impossibilità di *cangiare le contestazioni e di fare domande nuove et cum defensio adhuc non sit integra*. Non avrò vinta ogni opposizione, ma dimostrato che la questione è assai più seria di quello che si crede.

Articolo 196.

La domanda in garantia deve essere notificata anche all'attore nel termine stabilito per proporla

Annotazioni.

Ciò è indispensabile, avendo l'attore diritto di opporsi.

Articolo 197.

La domanda in garantia non sospende il corso della causa principale, se non è proposta e notificata a norma degli articoli precedenti.

Annotazioni.

La domanda in garanzia può dunque proporsi anche *fuori del primo termine*. Ma in tal caso è assai meno efficace. *non sospende la causa principale* Procedendo divisa la causa di garanzia e per proprio conto, potrà quella giudicarsi, e questa proseguirà come per sè sussistente e separata, certo con poco vantaggio del garantito, che, in caso di soccombenza, non potrà ottenere la contemporanea condanna del garante.

Prodotta la domanda nel primo termine, diviene forse necessaria la contemporanea risoluzione delle due cause? La risposta potrete averla dalla Relazione Pisanelli « Quantunque la domanda in garazia venga proposta e notificata nel ridetto termine, se la me-

« desima non trovasi in istato di essere giu« dicata contemporaneamente alla domanda « principale, non potrà tuttavia ritardare la « decisione di questa. L'equità si oppone a che « il convenuto, con una domanda in garanzia « fortemente contrastata e proposta, forse di « collusione coi terzi, possa ritardare l'esame « e la ricognizione del diritto dell'attore ».

Articolo 198.

Nei casi di garantia per azioni reali il garante può assumere la causa del convenuto, e questi può chiedere di essere messo fuori di causa.

Quantunque messo fuori di causa, il convenuto ha diritto di assistere al proseguimento di essa per la conservazione dei suoi diritti, e l'attore può domandare che il medesimo vi resti per l'adempimento delle obbligazioni che personalmente lo riguardino.

Annotazioni.

1. Il Codice di procedura civile del 1859 proponeva una nozione generale, che con ufficio scientifico si tolse a definire « La garanzia « è *formale* o *semplice*. La garanzia formale si « presta assumendo interamente la causa del « convenuto. La garanzia semplice si presta « *aiutando la difesa del convenuto*: chi dà la « garanzia semplice ha facoltà d'intervenire in « causa e di assumere o non la difesa del con« venuto principale, senza pregiudizio però « delle obbligazioni che verso il medesimo gli « incombano. — La garanzia formale si può « chiedere in materia reale e ipotecaria, e cor« risponde all'obbligo dell'attore, pel caso di « evizione, verso chi abbia causa da lui. — La « garanzia semplice si chiede negli altri casi, « e corrisponde all'obbligo d'indennizzare co« lui che, citato dal creditore, non può esi« mersi dal rimanere in giudizio come obbli« gato personalmente » articolo 200.

La garanzia *formale* si presta *in materia reale*, tende a mantenere l'avente causa da me nel diritto di avere o godere la cosa, il possesso o l'esercizio del diritto reale che gli ho ceduto con questa obbligazione o espressa o sottintesa. La garanzia *semplice* è un rapporto fondato in una obbligazione meramente personale.

Il Codice attuale ha voluto esser meno dogmatico ha lasciata la definizione alla scienza. Dovendo però coordinare la posizione giudiziaria alla qualità del diritto, senza occuparsi nominatamente della garanzia semplice (1), la legge viene accuratamente determinando il rapporto processuale delle parti in ordine alla reale.

Nella spesso citata Relazione di quel sommo giureconsulto che è il Pisanelli, le varie ipotesi che la legge doveva abbracciare sono considerate

Le varie ipotesi sono: 1° *che il garante chiamato in causa o non comparisca, o comparendo non si presti ad assumere la difesa*; 2° *che il convenuto, avendo il terzo assunta la difesa, non abbia domandato di esser posto fuori di causa, com'è suo diritto*; 3° *che lo abbia domandato ed ottenuto*. La legge non contempla il primo caso. Ecco l'insegnamento del Pisanelli: « In *tale ipotesi* è palese che « la causa continuerà a dibattersi tra l'attore « e il convenuto originario, ma se questi ri« mane soccombente, egli otterrà nello stesso « giudizio la condanna del garante all'adem« pimento delle sue obbligazioni ». Noi già supponiamo che il terzo sia stato citato, e ne sia stata formalmente dichiarata la contumacia. Nella *seconda ipotesi* il convenuto può ben rimanere estraneo al giudizio, mentre la questione cadendo *super re*, è indifferente quanto alla soluzione oggettiva, la persona del convenuto, e formato il contratto giudiziale, tutto il peso della lite e delle sue conseguenze s'indossa al garante. All'incontro se trattasi di obbligazione personale, è manifesto che il convenuto non può sottrarsi al giudizio, il terzo che interviene *non fa che aiutarne la difesa*, come disse la legge del 1859 onde il convenuto in azione reale può interamente appoggiare la sua difesa al garante. Se non che uscire della causa non è abbandonare all'arbitrio del garante la difesa, ma solo un rimanere estraneo alle conseguenze onerose della lite. La legge gli fa una posizione, che giustamente il Pescatore chiamò *intermedia* gli

(1) « Quanto agli effetti della domanda in garanzia semplice non occorrevano disposizioni speciali » (Relazione Pisanelli).

permette rimanere alla vedetta, per così dire, spettatore però non indifferente; ausiliario, è questo il suo vero carattere giudiziale, ausiliario dell'assuntore, e soccorritore del suo difetto, e sempre pronto a rompere i raggiri e le collusioni. Non senza interesse però, e col vantaggio di potere attivamente concludere, in caso di soccombenza, per il risarcimento dei danni contro lo stesso garante.

Ma il garantito, difeso dal garante, *può talvolta esser costretto a rimanere in causa ad istanza dell'attore*. E ciò può accadere per due motivi: o perchè l'attore abbia interesse di rivolgere a lui personalmente interrogazioni e interpellazioni sulla causa; o per fondare contro di lui certe istanze di sua propria responsabilità, non dirise dal terzo garante, per esempio restituzione di frutti, risarcimenti di danni (Pigeau, *Commentaire*, t. I, pag. 171; Carré, quest. 777, di che dirò qualche parola sull'articolo 200. « L'attore (così nella Relazione Pisanelli) può a sua volta aver interesse a che il convenuto resti in causa *per l'adempimento delle obbligazioni che sono a lui personali*. Ove il convenuto, ad esempio, sia un possessore di mala fede, l'attore ha il diritto di chiedergli la restituzione dei frutti, il risarcimento dei danni cagionati alla cosa che forma l'oggetto della rivendicazione ».

Articolo 199.

Le questioni relative alla domanda in garantia sono proposte e giudicate nel modo stabilito per gli incidenti.

La domanda in garantia, se non sia in istato di essere giudicata contemporaneamente alla domanda principale, non può ritardare la decisione di questa.

Annotazioni.

1. Le *domande* di cui si parla nella prima e nella seconda parte dell'articolo, sono domande diverse, non bisogna confonderle. Le prime che si propongono e si giudicano alla forma degli incidenti, sono quelle che riguardano l'ammissione o la esclusione della stessa istanza di garanzia; le altre riguardano il merito di questo giudizio, che è *subalterno* nelle garanzie semplici, ma nelle reali è *parallelo o sostituito o assorbente*, come si è veduto studiando l'articolo 198.

Pertanto proponendosi al presidente la chiamata del terzo nei modi prescritti dall'articolo 181, se l'attore conviene, non resta altra discussione a farsi, e il presidente *provvede per la esecuzione*.

2. Questioni. — *a*) *Forsechè il terzo stesso è invitato a comparire avanti il presidente per accordarsi?* Qui un forte dubbio si affaccia, che solo una ben ragionata pratica, coi lumi della giurisprudenza, potrà risolvere. La prima parte dell'articolo 199 sembra portarci alla forma semplice e spedita degli incidenti e dovrà certamente avere il suo effetto, ma poco innanzi io avvertiva che questo articolo contiene due concetti distinti. Il primo dovrà accettarsi nei rapporti delle parti che sono in causa. Il convenuto *B.* vuol chiamare in causa un terzo. Ne propone la domanda al presidente, invitando a comparire l'attore *A.* che può opporsi o può convenire. Se conviene, nasce decreto (ordinanza) che ammette la chiamata in causa del terzo, il quale sarà quindi citato nelle forme ordinarie ed *ex primo*, poichè forma, siccome è questa, stragiudiziale, istantanea, e quasi famigliare, avanti un giudice del collegio, non sembra possibile a fronte di chi non è in causa, e che nel sacro diritto di difesa che niuno può toglierglì, reclama di essere regolarmente citato e di godere quel termine che la legge assegna a tutti coloro contro i quali si elevano delle pretese giudiziarie. Questa è la propria e *vera domanda in garanzia*. — V. Annotazioni all'articolo 204, questione *a*). — Non così l'*intervenente volontario*. Egli stesso accede al giudizio, vi s'intromette, vuol giovarsene: è in una posizione affatto opposta di colui che viene riluttante e costretto. A lui può estendersi o applicarsi, se vi par detto meglio, il disposto dell'articolo 181.

b) *L'articolo 199 si applica tanto alle garanzie semplici che alle reali?* Rispetto a queste ultime, assunta formalmente la difesa, la causa diventa unica, e quando l'attore non abbia fatto opposizione *alla messa fuori di causa del garantito* (mi si permetta questa brutta frase); o la fece inutilmente, e il convenuto si trova in regola coll'articolo 193, generalmente parlando, la trattazione è inseparabile, eccettuate circostanze particolari; una delle quali è avvisata alla seguente lettera *c*.

c) *Se avviene caso in cui sia necessario sospendere la causa contro il garante, per*

esempio, *per la morte di lui, cessazione d'ufficio del procuratore*, ecc., non potrà l'attore insistere perchè sia giudicata la propria? Egli ne ha tutto il diritto (Favard de Langlade, t. II, pag. 407, Carré, quest. 780).

Articolo 200.

Le sentenze proferite contro il garante nelle azioni reali sono esecutive anche contro il garantito, e a questo effetto sono notificate ad ambidue.

Gli atti esecutivi per le spese e i danni possono essere fatti soltanto contro i garanti.

Annotazioni.

1. La sentenze che pronunciano la condanna del garante sono sempre eseguite, almeno principalmente, contro il garantito. Perciò poniam mente a quello che non dice l'articolo e a quello che dice. Nulla dice rapporto alla *garanzia semplice*, ma la natura del giudizio ci conduce a questo, che la esecuzione è *sempre e solamente contro il garantito*, personalmente obbligato verso l'attore, mentre il convenuto se dal canto suo ha ottenuto sentenza contro il garante, la farà a carico di lui eseguire. L'articolo si contenta di farci capire che ambedue, e garante e garantito, *nelle azioni reali*, sono esposti alla esecuzione della sentenza, *e a questo effetto è, per cura dell'attore, notificata ad entrambi*. Come avviene questo? Se per finzioni di diritto può concepirsi che il convenuto abbia respinto da sè il *possesso civile*, restituendolo in certo modo al garante affinchè lo difenda, il possesso materiale dura in lui, e in lui lo colpisce l'attore che ha vinta la causa. È dunque contro di esso eseguibile la sentenza per quanto riguarda la rivendicazione della cosa che detiene.

2. Per contro si è sempre ritenuto che *gli atti esecutivi per le spese, danni e interessi non dovessero colpire che il garante*. Ciò era letteralmente statuito nel 2° capoverso dell'articolo 262 del Codice del 1859, derivazione dell'articolo 185 del Codice di procedura civile francese. La ragione che danno gli autori è questa, che il *titolo del possesso* e l'esito della lite facendo presumere nel garantito la buona fede, non si deve pretendere da lui che l'abbandono della cosa reclamata; laddove il garante, causa d'ogni male, risponderà dei danni, delle spese. Insomma ogni responsabilità personale sarà sua. Tale era la dottrina comune. Essa è pure preconizzata nella Relazione Pisanelli. « Non poteva esser dubbio che la « sentenza dovesse notificarsi al garantito, « poichè trovandosi egli nel *possesso della cosa* « *rivendicata*, e sulla quale compete all'attore « il diritto riconosciuto dalla sentenza, è palese che l'esecuzione effettiva di questa deve « aver luogo contro il medesimo. Però importa « altresì che la detta sentenza sia notificata « al garante, onde possa apprezzarne le giuridiche conseguenze e provvedere al proprio « interesse nei rapporti tanto dell'attore che « del garantito. Riguardo poi alle spese « giudiziali e ai danni, *gli atti esecutivi non* « *possono essere promossi che contro il garante*, « imperocchè il garante non deve andar soggetto nè alle spese di un giudizio che non « ha sostenuto, o che non era obbligato a sostenere, nè al risarcimento dei danni a lui « non imputabili ».

Fu preveduto il caso della *insolvibilità del garante*. I codici avevano detta la loro parola. *Solamente nel caso d'insolvibilità*, diceva l'articolo 262, ultimo capoverso del Codice del 1859, *di questi ultimi* (i garanti), *i garantiti saranno tenuti per le spese se non furono posti fuori di causa, e potranno anch essere tenuti per danni e interessi se il tribunale lo giudicherà di ragione*. La legge francese è identica (articolo 185 in fine). Quindi se nonostante l'assunzione del garante, il garantito restò nel giudizio, nel caso d'insolvibilità del primo, era tenuto alle spese per quella specie di complicità che aveva ritenuta in una cattiva difesa. Rapporto ai *danni-interessi*, il punto di vista era alquanto diverso. La decisione era rimessa al prudente arbitrio del tribunale, ma il criterio giuridico dipendeva da una complicità più seria, si direbbe, più colpevole coi fatti del garante che non fosse un semplice concorso nella difesa. Le circostanze dovranno esser tali, scrisse il Carré (nota all'art. 185), « qu'elles établissent des présomptions graves « de collusion et de fraude entre le garant et « le garanti pour dépouiller le demandeur ».

Il nostro articolo, nel quale la soluzione di quei problemi dovrebbe trovarsi, non parve occuparsene se non in parte, e dettò la seguente formola: *Gli atti esecutivi per le spese e i danni possono esser fatti soltanto contro i garanti*. Pertanto la facoltà che qui si rac-

chiude non riguarda che il diritto alle spese e ai danni che potrebbe non competere all'attore; ma ammesso il diritto, la facoltà non si estende mai a percuotere il garantito anzichè il garante, unico e solo obbligato a sopportarli. *La limitazione per noi sopra esposta rimane dunque esclusa.* Onde pieno e compiuto sarebbe il concetto dell'articolo, mentre trattandosi di togliere di mezzo la eccezione, altre parole non si addomandano. Per noi la decisione è giusta. Per rispondere della *insolvibilità* di un debitore, bisognerebbe avere una obbligazione almeno sussidiaria. Ma tale obbligazione del garantito non avrebbe radice nè in ragione, nè in legge.

Per altro è ben necessario rammentare ciò che fu avvisato esponendo l'articolo 198. L'attore può domandare che il convenuto resti in causa *per l'adempimento delle obbligazioni che personalmente lo riguardino.* E di simili obbligazioni abbiam dato esempio nel *debito personale dei frutti* che il garantito avesse raccolti in mala fede durante il suo possesso. A conciliare la disposizione dei due articoli 198 e 200, siamo condotti nella seguente distinzione. *Il solo garante* risponde *dei danni*, secondo l'ultimo articolo. Risponde altresì di quelli personalmente imputabili al garantito che abbia depauperato il fondo? O i danni previsti dall'articolo 200 non sono che quelli che derivano al rivendicante per il fatto generale della usurpazione che ha patito della cosa sua principalmente e originalmente imputabile al garante, e non già quelli che il possessore ha recati individualmente coll'abuso di cui si è fatto colpevole? Così dev'essere, e la ragione intrinseca delle cose ce ne persuade.

3. **Questione** *sulle spese soccombendo l'attore nel giudizio di rivendicazione.* Qualche scrittore di cose di procedura ha voluto esaminare il caso inverso, dalla legge non avvertito specialmente, della soccombenza cioè dell'attore nella sua domanda di rivendicazione, ponendo il quesito *se le spese del giudizio di garanzia, segnatamente ove l'attore non fosse solvibile, abbiano a rifondersi al garantito dal garante.* L'accenno perchè se ne volle fare una questione molto seria (Berthelot, *Traité des evictions*, Chauveau in Carré, quest. 784 bis). Un sommo che io nomino per grande reverenza, Bartolo (ad Leg. 1 de evictione), partendo dal principio dell'obbligo che ha il venditore *litem in se suscipiendi*, disse che le spese causate dalla lite dovevano sempre su lui ricadere. L'articolo 1486 del Cod. civ., parlando in genere della garanzia che deve prestare il venditore, annovera *le spese fatte in conseguenza della denuncia della lite al suo autore, e quelle fatte dall'attore principale.* Ma l'ipotesi da cui discende è, che sia verificata la evizione. Il Chauveau ha dato una soluzione che prova soltanto l'imbarazzo in cui si trovò spinto dalle diverse opinioni. *Io penso che la obbligazione delle spese sia*, nella ipotesi, *tutta e solo dell'attore.* Sarebbe ingiusto condannare il convenuto principale verso il garante perchè non è riuscito nella sua domanda in garanzia, dovendosi in lui riconoscere il diritto di chiamarlo in causa, benchè infondata la domanda dell'attore. Ma sarebbe a mio parere altrettanto ingiusto condannare il garante che all'esito della lite si è trovato non avere mancato a verun obbligo della sua posizione giuridica. Questa, parmi, la pratica invalsa, e la conclusione che può meglio accordarsi col sistema stesso del Codice civile.

§ 2.

Dell'intervento in causa.

OSSERVAZIONI GENERALI

L'intervento regolato nel presente paragrafo è di due maniere: *volontario, coatto.* La seconda maniera si suddivide, in quanto l'intervento sia *nell'interesse delle parti* (articolo 203), in quanto sia puramente *nell'interesse della verità e della giustizia* (articolo 205). Non è neppure fuori di proposito avvertire preliminarmente che questo istituto non ha più quella importanza che poteva avere nei passati codici dopo il rimedio della *opposizione del terzo* nuovamente introdotto (articoli 510 e seg.).

Articolo 201.

Chiunque abbia interesse in una causa vertente tra altre persone può intervenirvi finchè non sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, e, se trattisi di procedimento sommario, finchè non sia cominciata la relazione della causa all'udienza.

Annotazioni.

1. Il concetto di *terzo* esclude un *rapporto materiale*, e include un *rapporto morale*. In qual modo? Esclude la compresenza di lui in un atto, in un contratto, in una lite, in una sentenza: è *terzo* appunto perchè non c'entra, perchè tutto quello è operato *inter alios*, e non gli può essere opposto. Ma però è con lui un *rapporto morale*, un nesso di ragione, che gli dà diritto d'occuparsi, senza che gli si possa rispondere: non sono fatti tuoi. *Estraneità materiale*, ma *convergenza di ragioni giuridiche* verso l'affare che si tratta fra altre persone in una lite ove non fu chiamato. Sanno ei che volendo starsene in disparte non sarà colpito, almeno direttamente, dalla decisione, e volendo intervenire, è in facoltà di farlo.

La legislazione canonica, cui tanto deve la civiltà del diritto giudiziario, nel capo II *ut lite pend.* in 6° aveva proclamato: *si ad defensionem ipsius litis aliqui quorum interest petierint se admitti, eos in illo statu in quo ipsam invenerint decernimus admittendos*. Al terzo era data eziandio facoltà d'intervenire in appello, provocando dalla sentenza come proferita in suo danno. Capo *cum super* 27 de sent. et re judicata. (Di ciò ho scritto più largamente nel *Commentario al Codice sardo*, vol. 2, pag. 512 e seg.).

2. *Dell'interesse*. L'interesse è il fondamento delle azioni, *point d'intérêt, point d'action*. È lecito esaminare l'interesse in diversi aspetti. Si è proposta teoricamente la distinzione fra *interesse diretto* e *indiretto*. Non vi si deve attribuire soverchia importanza, altrimenti verrebbero a suscitarsi questioni inutili o pericolose. La legge si esprime saggiamente nel modo più generale, *chiunque abbia interesse*. Se per interesse indiretto s'intende quello indeterminato e comune che può avere ogni cittadino, o anche un individuo di un dato Comune, di una data corporazione, perchè la verità venga in luce, perchè la giustizia si faccia, non cale: è un interesse che nei giudizi non si considera. Se per *interesse indiretto* si accenna quello che non è che condizionale, eventuale, remoto, è un interesse che basta nel senso della legge. Non escludo neppure l'interesse di corpo, spiegando la proposizione accennata, se l'interveniente abbia una rappresentanza, un carattere nel quale l'interesse stesso del corpo si riassume, altrimenti non converrei. Alludo alle questioni più volte fatte, se trattandosi di cause in cui nè la persona di un membro di una corporazione si agita come si crede, l'interesse generale della stessa corporazione, per esempio, della prerogativa di un notaio, di un diritto di cavaliere, sia fondato a intervenire un individuo del corpo o la sua rappresentanza. L'individuo no, la rappresentanza sì, quando ci sia una rappresentanza legalmente riconosciuta: sempre che si discuta veramente di massime che possono moralmente influenzare nella estimazione, nella posizione morale, nelle più vitali condizioni di esistenza di quel corpo. Se, per esempio, ai notai si fossero date dalla legge certe attribuzioni per formare atti nell'interesse del commercio e della pubblica amministrazione, ed altri e diversi funzionari o agenti si pretendessero, impugnando e mettendo in lite l'atto fatto da un notaio. Simili questioni si presentarono in effetto e forti obbiezioni si sollevarono, stando nel campo dell'opinione contraria non poche decisioni delle corti di Francia (*Journal Av.*, t. XLIV, pag. 301 e 308, t. XLV, pag. 110, 111, 113, ed altre riferite dal Devilleneuve), mentre altre si hanno in favore (*Journal Avoués*, t. XXVII, pag. 630, t. XLIV, pag. [illegible], t. LIV, pag. [illegible]), e così sentono Vatimesnil e Carré. Io aderisco a questa seconda opinione.

È stato deciso che l'*interesse d'onore* non misto d'interesse pecuniario attuale, a parte che una responsabilità materiale potrebb'esserne la conseguenza, si è deciso, io diceva, semplicemente che un interesse d'onore, bene accertato, legittima l'intervento (*Journal Av.*, t. XXVIII, pag. 283; *Journal Pal.*, 3ª edizione, t. XXVII, pag. 170). Più fermamente ancora è stabilito nelle dottrine che un diritto *in spe*, non ancora verificato ed eventuale dà ragione ad intervenire (Merlin, *Repertoire*, v. *Intervention*; Thomine, t. II, p. 316; Carré, quest. 1270, ecc.). L'illustre Mancini nel *Commentario del Codice sardo*, vol. 2, n° 73, ci ricordava alcune solenni decisioni francesi, nelle quali si disputava di nomi di ditte commerciali, da altri cotesti, di cognomi di famiglia e di comunità che si pretendevano usurpati.

Ma se le decisioni emanate in cause nelle quali non abbiamo avuto parte non ci pregiudicano (*res inter alios acta*), l'interesse d'intervenire qual'è? Non è questo l'interesse che bisogna giustificare; la sola istanza che ne facciamo, induce a credere che crediamo d'averne. Noi temiamo l'*effetto morale* di quelle decisioni che implicano, senza percuoterci personalmente, una condanna, una reiezione dei diritti che stimiamo appartenerci, e riputiamo essersi resa con ciò la nostra posizione più difficile. Siamo portati talvolta a intervenire per procurarci uno scioglimento più sollecito di gravi questioni che ci tormentano, e scongiurare il pericolo che ci minaccia, quantunque ancora lontano. Abbiamo l'interesse della verità (1).

3. La seconda parte dell'articolo definisce il termine nel quale la domanda d'intervento volontario è possibile. Nel *procedimento formale* la porta è chiusa all'intervento quando *rimase ferma la iscrizione in ruolo* (art. 174, 175). Lo stesso articolo 175 aveva fissato questo canone. *La causa è in istato di decisione*, giusta il concetto dell'articolo 435 del Codice di procedura del 59, che dettò la stessa regola. Era meno preciso il confine nei procedimenti sommarii, ed ora è posto chiaramente e determinato *nel cominciamento della relazione della causa all'udienza*, o la relazione si faccia dal giudice o dalle parti (articolo 184). Non si può aver dubbio che la udienza di cui si parla sia quella in cui si prendono le conclusioni definitive, e non quella udienza in cui si presero bensì conclusioni contraddittorie, ma la causa o fu rinviata, o si riaperse per fare delle prove; questione già osservata dagli scrittori, e decisa generalmente in questo senso dai tribunali (Thomine, t. I, pag. 544, Boitard, t. II, pag. 260, *Journal de la Cour de Bruxelles*, 1822, t. II, pag. 161, ecc.).

Articolo 202.

L'intervento è proposto con comparsa contenente le ragioni e la produzione dei documenti giustificativi.

Annotazioni.

1. È d'uopo conciliare quest'articolo col 204. Proponendosi l'intervento nella forma degli incidenti, la *comparsa* e i *documenti* saranno sottoposti al presidente per seguire la regola dell'articolo 181.

2. La comparsa sarà notificata ai procuratori che sono costituiti nella causa, sarà fatta la offerta di comunicazione dei documenti secondo le norme dell'articolo 134. Dico ai procuratori costituiti, e non alle parti contumaci. « Il faut considérer que la intervention est « une véritable demande incidente, et que la « partie qui ne constitue pas avoué, ne peut « pas prendre part à aucun incident ». Lepage.

Articolo 203.

Ciascuna delle parti può chiamare in causa un terzo a cui creda comune la controversia, ma ciò deve notificare all'altra parte nella forma espressa nell'articolo precedente.

Annotazioni

1. Siamo alla seconda categoria degli interventi, all'intervento coatto e necessario del terzo (V. Osservazioni generali). *Ciascuna delle parti*, quindi tanto l'attore che il convenuto hanno facoltà di provocarlo. Un po più sotto si darà cenno della differenza. Il carattere di questa forma d'intervento è *la comunione della controversia*. Lo scopo ordinario e consueto di simili giudizi è di far estendere le invocate condanne anche a coloro che non furono chiamati nel libello introduttivo, e che nondimeno avendo un interesse identico o conforme o correlativo, sono virtualmente, se non espressamente, involti nelle conseguenze del giudizio. Questo concetto della comunione, che in tutte le procedure ebbe la sua parte di difficoltà, ho voluto esprimere con varietà di vocaboli, perchè veramente ha una certa latitudine in cui spazia l'arbitrio dell'apprezzamento, e che la legge si è guardata dal definire in termini di rigore. In genere è un concetto, che dal punto di vista dell'azione, involve in tutto o in parte la responsabilità che si tenta d'imporre al convenuto. « Cette de-

(1) La teoria dell'*interesse* è vasta, specialmente nei rapporti della penalità. Io ho avuto occasione di trattarne largamente nel mio libro *Dell'Azione penale*, capo II (Torino, Unione Tip.-Editrice).

« mande (disse in una nota il Carré) est une « action formée contre un tiers, afin de pro- « noncer contre lui les mêmes condamnations « que l'on poursuit, ou que déjà ont été pro- « noncées contre une autre partie » Tizio che, previa la nullità di una donazione fatta al defunto, rivendica un fondo da un coerede, accortosi che un altro coerede, non chiamato nel giudizio, possiede un altro fondo compreso nella stessa donazione, lo costringe a intervenire, essendo passivamente comune ai coeredi o ad altri che posseggono beni la intentata azione di nullità. Questo è il subbietto della vera e propria comunione passiva, in presenza dell'azione. Tizio instaurò giudizio di rivendicazione di un fondo, Caio acquistò dal convenuto una servitù attiva che verrebbe a perdere, e si costringe a intervenire perchè in parte il suo interesse è comune. Gli esempi possono moltiplicarsi. Nella tecnica francese suole appellarsi *demande en declaration de jugement commun*, e si adatta tanto al giudizio pendente quanto al giudizio già definito. Nel primo caso mira a renderlo comune al terzo, preoccupando la eccezione della *res inter alios acta* e il diritto della opposizione di terzo che gli potrebbe competere, nel secondo la *demande en declaration* intende a far sì che una sentenza pronunciata senza l'intervento del terzo si abbia come pronunciata contro lui stesso e in suo concorso, ed è soggetto non già di giudizio incidente ma principale.

2. Anche il convenuto partecipa al diritto di *chiamare in causa il terzo a cui creda comune la controversia*. Nella prima ipotesi il giudizio di garanzia è da quello così distinto, e anzi sì formalmente avversativo, che non è possibile confonderne l'indole e lo scopo. Nella seconda la distanza è minore. Perchè il convenuto vorrà trarre in giudizio un terzo se non fosse al fine di giovare alla propria difesa? Limitiamoci al sovrapposto esempio per meglio ravvicinare le applicazioni. Tizio intentò contro Caio azione di nullità di una donazione fatta al defunto A., in forza della quale esso Caio possiede un fondo di cui l'avversario chiede la vindicazione. La controversia è certamente comune a Sempronio suo coerede, e a Mevio successor singolare di Marco altro coerede, i quali posseggono pure dei beni in virtù della donazione medesima. Caio li trae in causa amendue. Avvertite che la sua posizione giuridica, e quindi il suo interesse, può esser ben differente rispetto a questi due chiamati. Rispetto al coerede, l'intervento di lui potrà tornargli utile anche nel punto di vista della garanzia che nella sua qualità di coerede e di condividente dovrà prestargli. Quanto al successore singolare dell'altro coerede, la cosa cangia d'aspetto. Egli potrà perdere il fondo, ma non sarà tenuto a veruna garanzia verso Caio, col quale non ha rapporto contrattuale. Malgrado la differenza dell'interesse io non dubito di affermare, potere il citato provocare l'intervento di amendue, non esigendo l'articolo altra condizione che la *comunione della controversia*. È però da osservare che quantunque, rispetto al coerede, Caio abbia un interesse più importante nelle conseguenze, egli non lo chiamerà in causa *a prestargli in effetto la garanzia* se crede di restare entro la disposizione dell'articolo 203 ed in ciò diversificano i due istituti contenuti in questa sezione. In sostanza il convenuto coll'intervento di coloro coi quali ha comune la controversia, non intende che a consolidare la propria difesa, a farsi più forte del concorso, dei lumi, dell'appoggio dei cointeressati. E in questo ancora si differenziano i due istituti, *mentre la comunione della controversia non esclude il debito della garanzia*, come coll'esempio si è dimostrato, *ma non lo include necessariamente, laddove la chiamata in garanzia lo suppone, ed in esso è fondata*.

3. La legge dice *che la chiamata in causa del terzo dev'esser notificata all'altra parte*; cioè *mediante comparsa*, nella quale sono esposte le ragioni, e colla comunicazione di documenti, se ve ne sono.

Articolo 204.

Le quistioni relative all'intervento sono proposte e giudicate secondo le norme stabilite per gli incidenti.

Nei casi d'intervento proposto all'udienza, le questioni sono giudicate dal tribunale o dalla corte.

L'intervento non può in verun caso ritardare il giudizio della causa principale, quando sia in istato di essere decisa.

Annotazioni.

1. Ritengo che il primo periodo riguardi il *procedimento ordinario o formale*, il secondo alluda al *procedimento sommario*. Di fatti, se in quello la iscrizione definitiva del ruolo preclude la via a proporre questa maniera d'incidente (articolo 175), non può intendersi la sua proposizione *all'udienza*. Il risultato adunque sarebbe questo: 1° che nel procedimento formale la questione dell'incidente d'intervento deve iniziarsi alla forma dell'articolo 181; 2° che nel processo sommario può farsi, ma non è necessario, potendo l'incidente proporsi all'udienza.

2. **Questioni.** — a) *Questione del termine assegnato al giudizio d'intervento coatto e delle sue conseguenze rapporto al principio che non deve ritardarsi la decisione della causa principale* comune al giudizio di chiamata in garanzia. Come altrove fu avvertito, per questo rito viene derogato alla massima di procedura che « une demande incident n'est « jamais faite qu'entre des parties qui ont « accusé en cause » (Lepage, quest. 4, p. 223). Un terzo è improvvisamente chiamato a intervenire in un giudizio che si agita fra altre persone. Dove abita egli? Dov'è la sua residenza, il suo domicilio? La causa si tratta a Milano, egli abita a Napoli. L'altrui interesse, la forza della connessione, lo attrae, e lontano da' suoi giudici naturali, lo costringe a recarsi ad altre sedi. Ciò è inevitabilmente nel volere di questa legge. I termini della distanza non gli potranno essere contesi, i termini che gli sono guarentiti dagli articoli 147 e 148. Ricordiamo che qui si discute *dell'intervento coatto e non del volontario*, ove l'intervenimento viene spontaneo, e non può pretendere a termine. Ma fingiamo una ipotesi estrema. Trattasi di uno straniero a cui vanno assegnati termini lunghissimi. È un ben singolare incidente da proporsi al capo del tribunale. *Quid juris* in questo caso?

La questione ne include un'altra, quella della forma dell'atto di chiamata.

L'intervento è proposto con comparsa, dice l'art. 202. Debbo intendere che la disputa va ad aprirsi fra le parti che sono a fronte, per la manifesta ragione che la contraria può fare opposizione: e quindi la comparsa si deve primieramente notificare alla parte contraria. Si aggiunge che questo è il solo mezzo a sospendere il corso della causa principale. Ciò posto, la parte contraria, visto che trattasi di un lontano o lontanissimo citando, e di un dispendio di tempo incongruo alla qualità del giudizio e allo stato della causa, potrà, *in virtù dell'ultimo precetto del presente articolo*, respingere la persona dell'interveniente.

E perchè siamo nel parlare della forma: *con quale atto inviteremo il terzo a comparire in giudizio di garanzia o d'intervento forzato?* Sarà *per mezzo di una comparsa* o istanza stragiudiziale al presidente, o con una bella e buona citazione, come si chiamano tutti quelli che si vogliono costringere a comparire perchè li teniamo obbligati a prestarci qualche cosa, o a rispondere di qualche cosa che è nel nostro diritto?

Converrà primieramente stabilire se i chiamati in garanzia o intervento coatto sono obbligati a comparire. Lo sono senza dubbio, altrimenti la legge ci darebbe un diritto illusorio, e non presentandosi, potrebbero essere tenuti alla emenda dei danni.

Se sono obbligati, se un vero giudizio si apre contro di loro con responsabilità inerenti, non dovranno esser chiamati col metodo ordinario della *citazione*?

Tanto più io sono persuaso che così dev'essere, quando leggo nel successivo art. 205, che l'autorità giudiziaria dichiara: « *è cura di chi la citazione del terzo dev'essere fatta*. » Trattasi dunque di citazione. Nell'articolo 207 del precedente Codice di procedura civ.: — *la parte che voglia chiamare in causa un terzo, potrà farlo citare a intervenire*. — (V. l'articolo 199).

Ma se l'intervento è negato, o perchè fuori di termine, o perchè conducente a termini sproporzionati, incompatibili col giudizio principale, o infine portanti indebito aggravio alla parte attrice, si rientra con ciò nella disposizione del presente articolo, che, inteso nel suo spirito, è più ampio di quello che suonino le parole. Quand'anche la causa non sia propriamente *in stato d'esser decisa*, ma si ravvisi che i troppo lunghi termini che conviene premettere alla proposizione della domanda incidentale, vanno a scompigliare gli interessi dell'azione, subordinando il giudizio principale alle esigenze dell'incidente, non potrà rifiutarsi al giudice del merito un apprezzamento di prudenza e una decisione di circostanze da lui solo apprezzabili, per aderire alla opposizione che sarà fatta dalla parte contraria all'intervento. Ciò specialmente, ove si tratti di procedimento sommario.

b) *Se l'intervenimento volontario o coatto entri in causa nello stato in cui si trova, quali sono le conseguenze che possono derivare da*

e fu seguita dall'illustre Chauveau, e sta nel dire che la nullità o irricevibilità *è posteriore* alla introduzione dell'incidente, che per sè dev essere considerato valido, e quindi deve avere il suo effetto. Si prova poi la *posteriorità*, perchè la sentenza che dichiarò la nullità, ecc., nacque dopo, *or, l'intervention est antérieure à ces événements, elle date de l'époque où la demande principale subsistait encore d'une époque où l'intervenant ne faisait qu'user de son droit en employant la voie de requête*. Con tutto il rispetto, l'opinione della Corte suprema non mi pare meritevole di serio esame. La nullità, benchè posteriormente dichiarata, se fa cadere l'intero giudizio, non lascia sussistere parte alcuna del processo, e io tengo logicamente irrepugnabile l'argomento della prima opinione.

Articolo 205.

L'autorità giudiziaria, se riconosca opportuno l'intervento in causa di un terzo, può ordinarlo anche d'uffizio. In questo caso dichiara nella sentenza a cura di chi la citazione del terzo debba essere fatta, e stabilisce il termine per eseguirla.

In ogni caso la citazione può farsi eseguire da qualunque delle parti.

Annotazioni.

L'intervento ordinato d'ufficio ha un carattere suo proprio; non è motivato da verun interesse da quello in fuori della verità. L'interveniente non si presenta per rispondere di obbligazione, per subire condanne. Tale non è lo scopo dell'intervento d'ufficio, nè l'effetto che deve produrre. Io credo però che, stando in giudizio, la parte che crede averne diritto, possa promuovere delle istanze contro di lui e farlo condannare: condanna in giudizio civile non può aver luogo che ad istanza di parte. Anche l'interveniente volontario, io credo, può ricadere in questa posizione passiva, ch'egli non aveva, per certo, animo di formarsi. Deve per altro intendersi in modo assai ristrettivo, e fin dove il comporta la natura del giudizio e la portata di un incidente. *A* ha venduto a *B*. due cavalli; ma contro il compratore sorge la pretesa di *C*., che li rivendica come propri, sostenendo che *B*. non gli acquistò dal vero padrone. Il tribunale ordina d'ufficio l'intervento di *A*. per chiarire la cosa. Risulta dal complesso degli atti che costui non poteva vendere i cavalli perchè li riteneva a semplice comodato. Non veggo difficoltà che *B*. non possa contro di lui, intervenuto rivolgere domanda per essere indennizzato.

SEZIONE IV.

Delle prove.

Articolo 206.

Per l'ammessione di qualunque mezzo di prova le parti devono provvedersi nel modo stabilito per gli incidenti.

Annotazioni.

V. l'articolo 181 e rispettive Annotazioni, e quelle agli articoli 182, 183, 185, 186, 189, 192, 199, 204.

Articolo 207.

Nell'esecuzione delle prove le parti possono intervenire personalmente o per mezzo di mandatario, e non è necessaria l'assistenza dei procuratori che le rappresentano in causa, salvo che si debba comparire all'udienza.

Annotazioni.

La legge distingue la *esecuzione* delle prove dalla loro *introduzione*. In fatto di *esecuzione* (esperimento, svolgimento della prova) è modificato il disposto generale dell'articolo 156, ove *simili eccezioni stabilite dalla legge* sono pronunciate. Nella relazione del progetto Pisanelli si diceva in questo proposito « Fu elevato il dubbio se nelle esecuzioni delle prove « le parti dovessero essere rappresentate dai « loro procuratori, o potessero intervenirvi « senza la loro assistenza. Nel Codice sardo « del 1859 il dubbio fu risoluto nel senso che « per la esecuzione ond'è parola non fosse ne- « cessario l'intervento dei procuratori, e che « le parti potessero quindi intervenirvi perso- « nalmente o per mezzo di mandatario. Tale « sistema fu accolto dal progetto, perchè viene « così a semplificarsi la procedura, mentre si « evitano delle spese che potrebbero essere « assai rilevanti, specialmente quando il luogo « in cui si procede alla esecuzione della prova « fosse lontano dalla sede del giudizio. Ciò « non si applica al caso in cui la prova debba « farsi avanti il collegio è regola generale che « le parti non possono comparirvi personal- « mente senza l'assistenza dei loro procu- « ratori ».

Senza uscire dalla sfera delle prove, *è facoltativo alle parti d'intervenire* nei casi degli articoli 233, 237, 243, 246, 262, 274, 275, 276, 277, 281, 285, 286, 291, 294, 302, 304, 306, 307 *È necessario*, articoli 218, 226, 283, 290, 298, 299, 300, 301, 317.

Articolo 208.

Quando la prova non si debba eseguire all'udienza, è delegato uno dei giudici a procedervi Se il luogo in cui si deve eseguire sia distante da quello in cui siede l'autorità giudiziaria avanti la quale pende la causa, si può delegare il pretore

Se la prova si debba eseguire nella giurisdizione di altra autorità giudiziaria, si può o richiedere questa di delegare uno dei suoi giudici, o commettere direttamente il pretore del mandamento in cui la prova deve farsi.

Se la prova debba eseguirsi fuori del regno, la richiesta deve farsi nelle forme stabilite dal diritto internazionale.

Articolo 209.

Dai provvedimenti dati dal giudice delegato per l'esecuzione della prova si può reclamare nel termine stabilito dall'articolo 183. Sull'istanza dell'opponente il giudice rimette le parti a udienza fissa

Il giudice può tuttavia ordinare l'esecuzione provvisoria del provvedimento, non ostante reclamo, salvo nella parte che infligga una pena.

Il difetto di reclamo non convalida l'operato, quando il giudice abbia ecceduto i limiti delle sue attribuzioni

Articolo 210.

La surrogazione del giudice delegato, o la nomina di un altro giudice che possa sostituirlo in qualche atto relativo a l'esecuzione della prova, deve farsi con provvedimento del presidente, ancorchè la delegazione abbia avuto luogo per sentenza.

Annotazioni.

1. Veramente tre distinti concetti si rappresentano da questi tre articoli. Il *primo* è la ragione della delegazione e la sua estensione. Il *secondo* traccia i rimedi contro la irregolarità, ingiustizia o eccesso del provvedimento. Il *terzo* avvisa al modo della surrogazione del giudice delegato. Non di meno si trova opportuno riunirli in questo breve esame.

2. *Vi sono dei casi in cui la prova deve essere eseguita all'udienza.* Possono vedersene esempi negli articoli 217, 222, 231, n° 2. In questi casi non ha luogo delegazione. Il tribunale si spoglierebbe della causa, e deferirebbe ad altri magistrati la propria autorità contro la legge dell'articolo 68.

Si parla adunque di prova al cui esperimento procede un giudice singolare necessariamente delegato.

Il primo capoverso dell'articolo 208 prescinde dalla consueta convenienza delle relazioni giudiziarie, abilitando alla delegazione immediata di un pretore dipendente da altra autorità giudiziaria; e ciò per amore di facilità e di speditezza. L'ordine delle giurisdizioni non è in di rei turbato da tale disposizione perchè nasce dalla stessa legge arbitra delle giurisdizioni. Basti questo, che nulla si detrae ai diritti giurisdizionali dell'autorità territoriale, appunto per esercitarsi dal pretore una facoltà delegata e non propria, ausiliaria e non principale. È la stessa autorità, investita della cognizione dell'azione, che per mezzo di un funzionario delegato si estende, necessitate causa, ad un territorio che non è il suo, non per esercitarvi una giurisdizione decisoria, ma per raccogliere fatti e materiali giuridici, o anche per dar esito a certe prove che a lei sola appartiene giudicare; non invade adunque gli attributi dell'autorità locale, scorrendo nel territorio. La reciprocanza pone le magistrature nello stesso grado le une rispetto alle altre, e quasi le costituisce in una relazione mutua nell'interesse generale della giustizia.

3. Il *diritto di reclamo* (articolo 209) è una disposizione in gran parte nuova: saggia perchè tempera un potere momentaneo e limitato, ma molto importante, e che, essendo sorvegliato, sarà meglio compreso.

L'ordinanza del giudice delegato può realmente contenere una pena, e grave; vedrai esempi, anche graduati, nei tre capoversi dell'articolo 239. Il caso dell'articolo 239 sarà uno di quelli che incontrerà le più vive opposizioni.

La condanna nelle spese (V. detto articolo) *è forse una pena?* Niuno vorrà sostenere simile assunto. Il giudice avrà liquidate nella sua ordinanza le spese cagionate dalla inobbedienza del testimonio, e quando essa sia esecutoria, dovrà costui pagarle nonostante reclamo. A suo luogo cercheremo la intelligenza dell'ultimo capoverso dell'articolo 239. L'uso dei mezzi coattivi, anche energici e violenti, non ha carattere di pena, avendo per termine e scopo la esecuzione della legge: ordinare che un testimonio sia tradotto colla forza, non è infliggergli una pena. Onde, se fosse il caso, la ordinanza sarebbe in questa parte eseguibile. Nell'ordinamento civile la pena è sempre un fatto aditto ed estraneo al suo organismo, colpisce, dopo l'avvenimento, una commissione o una omissione di genere grave, ed è un concetto che non può combinarsi nè colla idea di un'indennità, nè con quella di un mezzo di esecuzione, come ad esempio la prigionia del debitore.

Il secondo capoverso dell'articolo 209 invita a distinguere i diversi gradi di errori e di colpe che potranno rimproverarsi al giudice delegato, vedendosi ivi tracciate alcune linee fuggitive che adombrano le diverse conseguenze che ne derivano.

Il giudice può commettere degli errori rimanendo tuttavia entro la *sfera delle proprie attribuzioni*, e può delle proprie attribuzioni *eccedere i limiti*. È necessario nella prima contingenza interporre reclamo nei tre giorni: la seconda colpa non è sanata dal silenzio. Erra senza cadere in eccesso il giudice *che viola e manca alla legge sino a quel punto in cui facendo l'opposto l'avrebbe adempiuta*; ma eccede le sue attribuzioni quando è cessata o manca in lui la facoltà del bene e del male, *la facoltà del fare* in qualunque modo. Se ordinò intempestivamente una operazione, sarebbe in regola se avesse rispettati i termini che doveva rispettare; se ha imposto condanne a un testimonio non comparso, ma che aveva giustificata la sua assenza, il giudice avrebbe fatto il suo dovere nel caso contrario. Ma se dà un provvedimento che invade il merito, si spinge sopra un terreno d'impotenza assoluta, ove non può fare nè una cosa nè l'altra: il solo bene che può fare, la sola cosa che gli conviene, è di astenersi.

Resta a sapere, non essendo il diritto pregiudicato dal non reclamo, *come e quando si possa far valere la eccezione, e quali effetti produca*.

Trattasi di nullità: *è sanabile?* È la prima ricerca che naturalmente si presenta. Al che risponde un principio della nostra procedura, *che ogni nullità è sanabile, quando non offende l'ordine generale della giurisdizione determinato dalla materia o valore.* Io ritengo applicabile la sanzione dell'articolo 191.

Dichiarata la nullità che dovrà proporsi prima della discussione del merito, caduta la ordinanza del giudice delegato, cadranno pure nel nulla le operazioni di prova che ne fossero la immediata e certa conseguenza. È questo lo

dico con proposito, invitando a distinguer bene fra una ordinanza comunque eccessiva, ma sterile di effetti, e gli effetti che ne conseguitarono.

4. La ragione logica dell'articolo 210 è posta in questo, *che il presidente*, colla nuova delegazione, meramente surrogatoria, *non esercita una podestà causale*, ma esecutiva.

Articolo 211.

Per ciascuna prova si fa processo verbale nelle forme stabilite in appresso

Quando per la prova sia stato delegato un giudice che non appartenga all'autorità giudiziaria davanti cui pende la causa, il cancelliere del giudice delegato trasmette immediatamente il processo verbale in originale alla cancelleria della detta autorità giudiziaria.

Il processo verbale è prodotto in causa per copia.

Annotazioni.

Il *processo verbale*, che nell'ordine della procedura è la storia di una operazione giudiziale, ha i suoi caratteri comuni e generali; e sono quelli che costituiscono l'autenticità dell'atto che genera la fede pubblica e la impone, mercè la quale il fatto storico *è una verità* fintantochè non si dimostri il contrario con mezzi determinati dalla legge. A porvi il suggello basta l'autorità del pubblico uffiziale; ma oltreciò la legge esige il concorso morale di quelli che intervennero nella operazione e vi presero parte, o il concorso loro materiale *colle sottoscrizioni* se si possono avere. Sarebbe contrario ad ogni dettato di prudenza il trascurarlo l'autorità morale dell'atto sarebbe meno solida, più facili le contraddizioni, l'impugnativa di falso meno odiosa, più pericoloso l'attacco. L'adesione esplicita alla verità dell'esposizione per coloro che furono attori e partecipi nella storia che si rappresenta, è dunque di una necessità, se non assolutamente giuridica, morale. Quindi le sottoscrizioni del giudice, del cancelliere e delle parti operanti nel fatto della prova, o la menzione della loro impotenza o rifiuto, sono richieste con sanzione di nullità. e di ciò si ha chiaro e pratico esempio nell'articolo 247, mentre le altre formalità si considerano meno importanti. Al presente articolo è bastato dire *per ciascuna prova si fa processo verbale*, a stabilire la costante necessità della sua dimostrazione autentica; ma saviamente si prescrivono ad ogni caso regole speciali.

Articolo 212.

Quando negli esami, o in qualunque altro atto di procedura, si debba interrogare qualche persona che non conosca la lingua dell'autorità giudiziaria procedente, o quando gli uffiziali che intervengono all'atto non intendano la lingua della detta persona, si nomina un interprete, il quale presta giuramento di fedelmente spiegare le domande e riferire le risposte

L'interprete deve essere maggiore d'età, e non può essere scelto fra i giudici, gli uffiziali intervenienti all'atto, o i testimoni della causa.

Nel processo verbale si fa menzione di quanto siasi operato a norma di quest'articolo. L'interprete, se può, lo sottoscrive.

Articolo 213.

Quando si debba interrogare un sordo, un muto, o un sordo-muto,

Al sordo si presentano in iscritto le domande o le osservazioni dell'autorità giudiziaria, ed egli dà le sue risposte verbali;

Al muto si fanno verbalmente le domande e le osservazioni ed egli risponde in iscritto,

Al sordo-muto si fanno le domande e le osservazioni in iscritto, ed egli risponde in iscritto.

Le domande e le risposte in iscritto sono unite al processo verbale

Se il sordo, il muto, o il sordo-muto non sappia leggere o scrivere, l'autorità giudiziaria gli nomina uno o più interpreti, secondo le circostanze, scelti di preferenza fra le persone abituate a trattare con esso, osservate nel resto le disposizioni dell'articolo precedente.

Articolo 214.

Le disposizioni dei due articoli precedenti si devono osservare sotto pena di nullità.

Annotazioni.

Essere costretti a vedere una verità materiale o morale attraverso allo spirito di un altr'uomo che la trasmette con tutto il pericolo dell'allucinazione, della passione o della ignoranza, è già una dura condizione degli umani giudizi. Ma almeno il segno convenzionale del pensiero si presenti allo spirito nostro che deve riceverne la impressione, con tutta la chiarezza di cui è capace. La legge sente l'enorme pericolo che si prepara nelle combinazioni previste negli articoli 212 e 213. Quindi più severo del solito è l'impero dell'art. 214. Ogni particola nei predetti 212 e 213 si ritiene essenziale; è facile distinguere i membri di quelle disposizioni tanto rigorose, e comprenderne la singola importanza. Noi ci fermeremo ad un solo punto. Nelle ultime parole del 212 si dice: *osservate nel resto le disposizioni dell'articolo precedente*. Mentovate nell'art. 213 sono le seguenti: 1° *il giuramento degli interpreti*; 2° *la loro età maggiore*, 3° *la esclusione di giudici uffiziali intervenienti all'atto, o dei testimoni della causa dall'ufficio di arbitri*, 4° *la menzione che di ogni cosa deve farsi dal cancelliere nel processo verbale*, 5° *la sottoscrizione dell'interprete o degli interpreti se sanno scrivere*.

Articolo 215.

Quando la parte, il testimone, o il perito chiamati a rispondere ad un interrogatorio, a prestare giuramento, a deporre, o riferire verbalmente all'udienza, giustifichino l'impossibilità di presentarsi nel giorno assegnato, il presidente o il giudice delegato stabilisce un altro giorno nel termine prescritto per l'esecuzione della prova, o si trasferisce all'abitazione della parte, del testimone, o del perito per riceverne le dichiarazioni

Se l'abitazione sia distante dalla sede del giudizio, o si trovi nella giurisdizione di un'altra autorità giudiziaria, si provvede a norma dell'articolo 208.

Annotazioni.

1. L'articolo 208 manifesta e dichiara la facoltà che hanno i giudici investiti della causa di trasferirsi ad altro luogo, o delegare altri giudici, *se la prova non deve eseguirsi alla udienza*. Il presente articolo, che reclama il suo posto vicino a quello, dispone del modo di contenersi *quando si tratta di prova da eseguirsi alla udienza*, divenuta impossibile (almeno pel giorno assegnato) stante la condizione, che per ora diremo fisica, del testimonio, della parte, ecc.

Deve giustificarsi la *impossibilità*. *Impossibile præceptum judicis habetur cui pareri per rerum naturam non possit*. Era infatti la parola che doveva usarsi. Ma rammentiamo che in simili materie domina la prudenza del giudice che si esercitò ordinando la prova solenne, la prova all udienza, e continua ad esercitarsi piegandosi alla forza delle cose, senza far mostra di un rigore eccessivo. Se il male non è molto grave, non sarà veramente *impossibile* alla parte che dovrà rispondere ad un interrogatorio, al testimonio, ecc., il recarsi alla udienza; sarà con disagio, con rischio di star peggio, ma infine si può venire. All'*impossibile* s accosta ciò ch'è assai malagevole, l'arrischiato.

Impossibile aliquando idem est ac difficile (Vicat). Il giudice estimerà le circostanze. Vero è però che la impossibilità o grave difficoltà *dev'esser fisica* morale, non si ammette generalmente parlando, sarebbe troppo. È tuttavia non se ne può fare una regola. Un grave personaggio della magistratura applicato alla direzione di una funzione interessante che non può essere interrotta, un deputato immerso in lavori parlamentari di somma urgenza, sono in una specie d'impossibilità, almeno momentanea, che giustifica la loro assenza, autorizza il rinvio, e, secondo le circostanze, un trasferimento del giudice od una delegazione. Fuso, se mi è permessa la frase, nella materia elastica dei giudizi probatorii, *il concetto della impossibilità* si modifica, e acquista qualche cosa del relativo che non è nella sua espressione.

2. Si è toccato nel principio di questa nota come siano diverse le posizioni giudiziarie dell'art. 208 e del 215. La delegazione di fatti in quello disposta *è primitiva, e sta in rapporto col carattere della prova che deve assumersi*, il collegio non assisterà, è naturale, è inevitabile la commissione di uno o di altro giudice. Invece per l'articolo 215 il collegio si è proposto di assistere allo esperimento della prova; ma non può farlo; si deve supplire. La prova avrebbe dovuto ricevere uno svolgimento più solenne; il testimonio, la parte, il perito avrebbero dovuto recarsi al tribunale da qualunque punto del regno, ma bisogna cedere alla forza delle cose. Il caso della impossibilità non essendo prevedibile, la delegazione non poteva essere *primitiva*, ciò è manifesto; essa diviene supplementaria, surrogatoria. Resta solo a proporsi alcuni schiarimenti a questo articolo che, come avvertii di sopra, doveva riunirsi al 208, formandosi di entrambi una disposizione complessa.

a) La legge suppone che la giustificazione sia presentata al presidente prima della udienza; ma se fosse presentata alla stessa udienza, spetterebbe pur sempre al presidente il risolvere sul modo di eseguire la prova? Ciò non può ammettersi. Sedendo il collegio, lo stesso collegio ordina il rinvio, o delega il presidente o uno dei suoi giudici: aggiunta che deve farsi all'articolo 215, da cui sembra risultare che il presidente, o anche il giudice delegato (che forse non esiste) sia abitualmente investito di tale facoltà.

b) *Se la parte, il testimonio, o il perito abitano a breve distanza, per esempio, in un mandamento contiguo, è obbligato il giudice del tribunale o il consigliere della Corte a trasferirsi di persona alle case loro per raccoglierne la deposizione? Non può delegarsi il pretore del mandamento?* Valutare la distanza, quando la legge non la definisce, è sempre una facoltà. Se l'abitazione è fuori della città in cui ha sede l'autorità giudiziaria, una distanza c'è. Se l'affare è molto grave, il giudice sentirà il dovere di compiere l'ufficio in persona, ma delegandosi il pretore vicino, non si contravviene alla legge.

c) *Sul capoverso dell'articolo.* Non si può trascorrere nel territorio di altrui giurisdizione, e in tal caso la delegazione è necessaria.

§ 1.

Dell'interrogatorio delle parti

OSSERVAZIONI GENERALI

« La prova più sicura nei suoi effetti e più semplice nelle sue forme che possa ottenersi « in giudizio, è la confessione dell'avversario. L'interpellazione è il primo mezzo con cui ge« neralmente si cerca di ottenere dall'altra parte la confessione del fatto; imperocchè, ne« gandosi anche il fatto dall'interpellato, essa gioverà pur sempre a precisare i fatti vera« mente controversi, che dovranno formare il soggetto di altre prove.

« L'interpellazione impone l'obbligo a quegli a cui è diretta, di rispondere categoricamente « in guisa che, non rispondendosi, i fatti in essa compresi si avranno per confessati.

« Ma affinchè la interpellazione produca tali effetti, la dottrina richiede: 1° che per la « natura dei fatti la interpellazione sia ammissibile o dichiarata tale dal magistrato; 2° che « i fatti siano nettamente indicati, onde niun dubbio possa cadere sull'oggetto della inter-

« pellazione, 3° che si eciti esplicitamente la parte contraria a rispondere, dovendosi al-
« trimenti ritenere per sussistenti i fatti medesimi » *Relazione* Pisanelli.

Più avanti, parlando *del giuramento decisorio*, la Relazione aggiunge: « La interpellazione
« può ancora rivestire una forma più importante, imperocchè il giuramento decisorio defe-
« rito da una parte all'altra *non è che un'ultima e solenne interpellanza*, la quale non si
« contenta più di una semplice risposta, ma richiede che questa sia avvalorata chiamando
« Dio in testimonio della verità dichiarata, ed offre in compenso, quando il giuramento venga
« prestato, la verità della causa ».

La interpellazione semplice e la interpellazione con giuramento sono adunque due specie distinte dello stesso genere di prova, differenziantisi nell'ordine soggettivo anzichè nell'oggettivo, quest'ultima assai più energica per la forza d'impressione che vuole esercitarsi sulla coscienza dell'avversario, più comprensiva nello spazio e nella materia, benchè non punto illimitata, e per convenzione giudiziale più decisiva. Nondimeno il criterio di verità che risulta da codesti mezzi di prova, la critica che si è costretti a farne, si governano da principii giudiziarii e logici in parte comuni.

Articolo 216.

La parte che vuole interrogare l'altra sopra fatti relativi alla causa, deve dedurli specificatamente per articoli separati.

Annotazioni.

1. *Delle persone a cui può dirigersi la interpellanza per interrogatorio.*

Ci è d'uopo supporre che le parti che stanno in giudizio siano legittime, e vi stiano anche legittimamente, altrimenti non potrebbero essere interpellate, lo sarebbero senza effetto, e respingerebbero le domande per quella stessa ragione per cui respingono il giudizio.

La questione nasce *a) quando l'interpellato non sia che un rappresentante di persona incapace, e non personalmente obbligata*, *b) quando l'interpellato possegga personalità civile ma imperfetta, e non abbia la pienezza dei suoi diritti*, *c) quando l'interpellato non sia che un agente di un corpo morale, il rappresentante di una unione di interessati, che non possono o devono rispondere individualmente.*

Nella prima specie è il *tutore*. All'effetto dell'interpellazione giudiziale (prego di tener conto della restrizione) egli si considera parte *per tutto quanto è nelle sue facoltà amministrative* e sino a quel punto in cui si presenta un subbietto eccedente queste sue facoltà, e trascorrente in quella sfera di alienazione che a lui è interdetta dalla legge civile. Come non potrebbe alienare, così non può essere interpellato per accertare un fatto d'alienazione, non potendo le sue confessioni obbligare il pupillo.

Sono nella seconda specie il *minore emancipato* e la *donna maritata*.

Posto in principio che *la interpellazione è circoscritta dalla capacità giuridica del rispondente*, ne conseguita che non potrà esser interrogato che *sui fatti di semplice amministrazione*, giusta il limite imposto alla sua facoltà dall'articolo 317 del Codice civile.

La *donna maritata*, che sta legittimamente in giudizio, può essere interpellata nel limite della sua podestà economica, e sui diritti per essa disponibili (art. 1399, 2° capoverso, 1424 e 1427 del Codice civile). Esistendo la comunione, la moglie non può esser interpellata sui fatti dell'amministrazione (articolo 1438 del Codice civile). Altro sarebbe in giudizio di separazione (articolo 149 e seg. dello stesso Codice, nel quale, senza dubbio, i coniugi in lite possono mandarsi vicendevolmente delle interrogazioni. Quanto alla nota ed agitata controversia, *se al marito che è solo in causa, ove si tratta di azioni in cui la moglie ha interesse*, le interpellazioni possano rivolgersi, accetteremo la giurisprudenza comune che professa doversi interpellare il marito e non la moglie: questa si considera virtualmente in causa, legalmente rappresentata com'è dal marito (Pigeau, *Comment.*, t. I, pag. 183 Favard de Langlade, tom. III, pag. 113; Carré, quest. 1224; Dalloz, ecc., e gran numero di decisioni).

Ma che succede in fatto di pubblici stabilimenti, di amministrazioni, di società e simili?

intendo che questo genere di prova non incontri ostacolo nella legge generale e nei principii che governano il sistema delle prove (articolo 1364 del Codice civile). I francesi fanno la questione della *moralità* della interpellazione, dicono, e alcuni propugnano lungamente che non deve potersi esporre l'interrogato a fare delle rivelazioni o sconvenienti o turpi in danno proprio (Berriat Saint-Prix, p. 312, nota 6, n° 3, Boncenne, Dalloz, ecc.). Per noi è questione decisa dall'articolo 1364 del Codice civile; e già lo era dall'art. 1474 dell'albertino. *Un fatto delittuoso* non può esser soggetto di giuramento, e non può esserlo d'interrogatorio giudiziale. Per noi adunque la *legalità* comprende anche il requisito della moralità, *di Personalità*. Niuno risponde che dei fatti suoi propri. *Rimane perciò esclusa la interpellazione della scienza?* Anche la scienza, in quanto l'intelletto e la coscienza rispondono, può considerarsi un fatto del rispondente. La questione sarà allora non del fatto proprio, ma piuttosto della *concludenza*.

3. *In quale stato di causa si può introdurre la prova per interrogatorii?* Nelle cause ordinarie il limite è fissato dall'articolo 175. Nelle pretoriali la forma è regolata dall'articolo 424, e la norma del tempo non può essere, per ordine d'analogia, che quella dell'articolo 201.

4. L'esperienza degli interrogatorii lascia intatta ogni altra specie di prova, e in certa guisa le precede tutte, si direbbero scorridori spinti avanti per tentare il terreno, per pigliare una posizione. Vi è da guadagnare e poco o nulla da perdere. L'interrogatorio può essere addentellato di un esame testimoniale quando si ha bisogno di *un principio di prova scritta*.

Articolo 217.

L'ordinanza o la sentenza che ammette l'interrogatorio delega un giudice per ricevere la risposta, salvo che ordini che sia data all'udienza.

Quando l'interrogatorio sia ammesso con ordinanza, questa stabilisce il giorno per rispondere, sempre che le risposte si debbano dare all'udienza o davanti un giudice del collegio.

Negli altri casi l'ordinanza o la sentenza ordina la comparizione delle parti davanti il presidente o il giudice delegato per stabilire l'udienza o il giorno per l'interrogatorio.

Annotazioni.

La legge questa volta non dice che la prova si fa nella forma degli incidenti. Ma colla parola *ordinanza* ce lo fa intendere.

Nondimeno, in circostanze gravi, la risposta all'interrogatorio può essere rimandata alla pubblica udienza. Sentiamo la relazione Pisanelli: « Per raggiungere più sicuramente lo « scopo cui è diretto l'interrogatorio, fu di« scussa la opportunità di stabilire che le ri« sposte siano date in ogni caso davanti l'in« tero collegio in udienza pubblica. — La so« lennità dell'apparato è certamente un gran « freno alla tergiversazione e alla menzogna. « La parte che si trova davanti l'intero colle« gio, soggetta agli sguardi scrutatori di co« loro che devono giudicare della controversia, « si mette ad un grave rischio cercando di oc« cultare la verità con risposte evasive, con « false asserzioni o falsi dinieghi, il calcolo « delle risposte premeditate può esser ben « presto sconcertato dalle domande di schia« rimenti su nuovi fatti connessi a quelli arti« colati, e l'imbarazzo delle contraddizioni, « accompagnato dalla pubblicità dell'onta, fi« nirebbero per abbattere l'audacia di chi « fosse straniero al sentimento d'onore. Non « pare tuttavia conveniente di prescrivere tale « solennità come misura sempre necessaria « negli interrogatorii, nè di renderla obbliga« toria soltanto perchè ne sia fatta istanza « dalla parte ». E qui, dopo avere additati gli inconvenienti che deriverebbero da un incongruo sistema di rigore, finisce dicendo: « Il « progetto che fu tradotto in legge lascia « quindi nell'apprezzamento dell'autorità giu« diziaria la convenienza di delegare un giu« dice per ricevere le risposte all'interroga« torio o di ordinare che le medesime siano « date all'udienza del collegio ».

E poichè la domanda potrà sempre a questo effetto portarsi all'udienza e seguirne un contraddittorio, il collegio, decidendo, pronuncia una sentenza; e nell'articolo si dice: *ordinanza o sentenza*.

Articolo 218.

La risposta agli interrogatorii deve darsi dalla parte in persona, senzachè possa valersi di scritto preparato a quest'uopo.

Quando la parte non comparisca, o ricusi di rispondere, si hanno come ammessi i fatti dedotti, salvo che giustifichi un impedimento legittimo.

Annotazioni.

1. Il rito di rispondere verbalmente e non per iscritto agli interrogatorii è assai antico l'ordinanza del 1667 lo ricevette da leggi e pratiche anteriori.

2. La contraria parte può opporsi all'ammissione degli interrogatorii, o manchino i requisiti che la prova deve avere (V. nota 2ª all'articolo 216), o la posizione o stato della questione vi ponga ostacolo. Se uno sostiene di non essere erede, se tale è il suo sistema di difesa, se non insiste onde si pronunci sulla sua eccezione, ha causa per respingere un interrogatorio diretto a stabilire la sua responsabilità ereditaria. Ma l'interrogatorio ammesso, appellabile o non impugnata la sentenza, deve comparire e rispondere, *salvo impedimento legittimo*. Il suo contegno negativo implica una confessione così la legge. Da ciò l'obbligo dei giudici di non accogliere che domande positive in articoli ben precisati, rigettando le dubbie alternative o condizionali che in queste cose renderebbero incerta e contenziosa la confessione presunta.

3. Ma a questo punto si mette il piede in gravi difficoltà, la somma delle quali si è la *inscindibilità della confessione*.

La confessione della parte contraria è di fatti l'aspirazione e lo scopo degli interrogatorii. Allora subentra la severa disposizione della legge civile a regolarne gli effetti. *La confessione giudiziale forma prova contro colui che l'ha fatta* (art. 1356 del Codice civile). Ma in favore del confitente sta la regola dell'articolo 1360. *La confessione giudiziale o stragiudiziale non può essere divisa in danno di chi l'ha fatta.*

Non posso approfondir l'argomento: dirò poche cose. Dichiaro in primo luogo che io debbo far astrazione dalle teoriche che i pubblicisti vengono preparando per migliorare la legislazione (Belime, *Philosophie du droit*, t. II, lib. VI, cap. X, § 1, Pescatore, *Logica del diritto*, vol. 1, pag. 145 e seg. Ma anche dopo tale protesta, chi si accosta a questo subbietto e vede la giurisprudenza errare incerta nelle sue norme direttive e finire col non adottarne alcuna formando tante specie e singoli apprezzamenti quante sono le controversie che insorgono, sente pure la necessità di scoprire un qualche principio che serva di guida.

Nella vecchia prassi e in non pochi codici di procedura, soleva imporsi all'interrogato la regola *di dare risposte pure e semplici*, onde sapeva in precedenza che le condizionali, duplici, alternative non gli varrebbero, ma gli ricadrebbero in danno. Contuttociò se le proposte erano di maniera che a quelle satisfare non si potesse senza risposte qualificate moltiplici o complesse, si ammettevano *ut tales ut responsae, qualis precesserit interrogatio* (Mascard., conclus. 1176, Menoch. *De arbitr. jud.*, cas. 251, Carpan. *Super Statuta Mediolanensem*, cap. 83, nº 73, 88, ecc., Michalor., *De posit.*, cap. 42). Avviene non rare volte che gli articoli comprendano un insieme di fatti, e allora chi risponde gli abbraccia come crede o come può nelle sue risposte, e sarebbe impossibile dettar intorno a ciò delle regole *a priori*, quella stessa primaria e fondamentale che ci porge l'articolo 1356 del Codice civile, mescolandosi con un complesso di fatti, sarà luce al criterio del giudice, ma a sua volta il criterio del giudice si applicherà a ravvivarle, facendone discreto e conveniente uso nelle svariate combinazioni che si presentano.

È nel caso semplice che deve cercarsi il principio. L'interrogante accorto suole proporre domande misurate al bisogno della prova di cui va in traccia, e di cui manca: dovendo provare un mutuo, si limiterà a domandare se il suo avversario non abbia da lui ricevuto a titolo di mutuo cento lire. Egli tenta di porre l'avversario in una posizione difficile, e lo costringe a far un'aggiunta ch'egli si riserva poi di combattere, se vuol porre in essere il pagamento e la restituzione del mutuo. Resta ancora a definirsi se la formola *ho ricevuto ma ho restituito*, sia indivisibile. Può bene opporsi la regola del Codice, ma si può anco rispondere che la regola ha luogo nei fatti connessi, ossia per tutte quelle circostanze che concorrono a determinare il fatto storico o il titolo

obbligatorie, senza le quali non sarebbe compiuto, e non esisterebbe in quel dato modo; per es., domando a taluno se mi abbia promesso di pagarmi cento in un dato luogo e tempo, quegli risponde che la sua promessa era dipendente da una condizione che non si è verificata. Non potrà dividersi una tale confessione, ciò è manifesto, perchè cade sopra un fatto che non sarebbe più quello se non si accettasse colle sue qualificazioni e condizioni. Ma chi dice ho ricevuto ed ho pagato, ho promesso, ma ho anche adempito alla promessa, pone due fatti distinti separati d'indole e di tempo, che non hanno punto necessità di stare insieme, e che nell'ordine delle prove sono di loro natura diversi, mentre all'attore incombe provare il primo, al reo incombe provare il soddisfacimento. Il Michalorius, sottilissimo esploratore della materia, dedica un lungo capitolo a questa tesi, *utrum si fuerit secreto restitutum quomodo tale responderi possit* (*De posit.*, cap. 15), e reca in mezzo sei opinioni differenti sostenute da gravissimi autori e quasi tutte appoggiate a sentenze di tribunali, lasciando per parte sua la questione indecisa. Credo di potere asserire che negli scrittori francesi, che troppo lungo sarebbe il recare ad esame, la questione non è meglio precisata.

La separazione di codesti fatti, proprio la rigore della formola proposta, sembra per altro stabilita in un responso di Paolo nella Leg. 26, § ult. Dig. depos. vel contra.

Soluzione. — Trattando di sciogliere il nodo, ci si presenta naturalmente una prima considerazione ed è, che la prova per interrogatorii, a differenza del giuramento decisorio non ha punto bisogno di proporre alla coscienza dell'interpellante *tutta la lite*; può proporre semplicemente alcuni fatti, alcune circostanze influenti ed utili, anche staccate e da riunirsi ad altri mezzi di prova. Ma quando l'attore stima convenirgli di sottoporre alla moralità dell'avversario il soggetto stesso della lite e la sostanza della questione che fra loro si agita, qualunque sia, più o meno artificiosa, la formola che adopera, egli acconsente allo stesso suo avversario la piena libertà della risposta, e deve prepararsi alle conseguenze che potranno anche derivarne a danno suo. Lo scopo del vostro giudizio è di farmi condannare a cento lire a restituzione della somma che supponete avermi prestata. *Proponendo alla mia coscienza la esistenza del prestito proponete in sostanza la esistenza del debito.* Voi non potete a vostra posta dividere il fatto storico per involgermi nelle difficoltà e costringermi a dire la verità a mezzo, o a rendermi inutile la risposta complessa e piena che io darò. Parmi che il Pescatore abbia espresso questo medesimo concetto con quelle parole: « Il soggetto intero della questione « vertente fra i litiganti è sempre il soggetto « dell'interrogatorio. *L'interrogante non può « dividere in parti il soggetto della questione « e limitare a una delle parti il soggetto dell'interrogatorio* ». Solo io non convengo in questo che tale sia *sempre* il soggetto dell'interrogatorio, in ciò diverso dal giuramento decisorio che deve abbracciar tutta la lite, potendosi esibire interrogatorii sopra fatti e circostanze della causa, ma se *l'intendimento dell'attore è di proporre il punto decisivo*, il rispondente, seguendolo in questa via, non può esser arrestato a mezzo della risposta. La prova non sarebbe seria, nè morale, nè giusta. Quindi col *rispondere ho pagato la somma che mi avete prestata* o simili, la risposta non può esser divisa.

Per altro il diritto della risposta e la sua inscindibilità non forma sempre prova per il rispondente; ed in ciò anche una volta la risposta ad interrogatorii si distingue dalla risposta giurata. Ciò avviene:

a) *Se le risposte siano contraddette dagli atti, o con altri mezzi l'attore possa giustificare il suo assunto* (Cassazione, 9 marzo 1859, Relazione Gervasoni, *Gazzetta de' Tribunali*, 1859, I, 158);

b) *Se le circostanze aggiunte non versano non dirò sul medesimo fatto, ma sul medesimo oggetto, mirando a costituire un titolo separato e diverso di azione* (Cassazione, 9 novembre 1857, Bettini, IX, I, 818. — V. Toullier, t. X, n° 386, Merlin, *Repertoire*, v° *Confession*);

c) *Se le risposte siano ambigue, involvendo subdole capzione* (suddetta decisione, 9 marzo 1859, Cassazione, 7 gennaio 1851, Bettini, III, I, 1).

I. Ordinariamente l'interrogatorio è rappresentato da una serie di capitoli che richiedono separate risposte, non ne segue però *che il giudizio abbia a portarsi sulle singole parti e non sul complesso*, nè può accettarsi la dottrina del Bonceune, che i distinti e separati articoli « donnent lieu à autant d'aveux « ou de dénégations. Chaque aveu ne peut en « soi être divisé, mais il n'est pas défendu de « le séparer de ceux qui précèdent et qui suivent ». Non dico già che sia *proibito* di ciò fare, sarà un apprezzamento di fatti e di circostanze, consigliato dalla naturale loro singolarità e indipendenza, ma il principio regolatore della critica giudiziaria è l'unità in

quanto è possibile; una parte del discorso non deve esaminarsi separatamente dall'altra se la materia non sia per sè affatto distinta, il giudizio stesso della contraddizione, negando la possibilità di un accordo, suppone uno studio di analisi applicato all'insieme.

Discende da tutte queste considerazioni che al giudice è dato, al senno, alla equità di cui dev esser fornito, il dominio della interpretazione, e gode sino ad un certo punto della *incensurabilità*, purchè procedendo oltre, ed incontrando quegli elementi giuridici che di sovente danno a un certo stato di fatto una qualificazione determinata dal diritto, sappia conoscerli e rispettarli.

Similmente ritrae il giudice dalla sua attribuzione di decidere il fondo della controversia, la facoltà di mettere in relazione le risposte colle risultanze del processo, e da tale esame dedurne la forza provante e il valore effettivo.

5. *Sul principio di prova scritta che può desumersi dalle risposte agli interrogatorii.* È d'uopo presupporre che il risultato non corrisponda *perfettamente* all'intenzione del proponente, e nondimeno non sia privo in tutto di efficacia in ordine alla prova. Il rispondente si è messo sulla negativa, questo sembra il suo scopo, ma qualche cosa ammettendo, qualche altra dubbiamente impugnando, fa sorgere una presunzione qualunque di verità a favore della pretesa contraria, e fornisce degli indizi che non sono una prova, ma possono chiamarsi un *principio di prova*, addentellato di una prova per testimoni che altrimenti non sarebbe ammessibile Questo sistema fu contrastato, ma oggidì è al sicuro da ogni seria opposizione Chauveau in Carrè, quest. 1262, Boncenne, tom IV, pag. 551, Dalloz, ecc., e decisioni molte e conformi.

6. *Sull'accettazione della confessione o tacita* (risultante dalla non comparsa dell'interpellato) *o espressa.* La legge ha detto *la confessione giudiziale forma piena prova contro colui che l'ha fatta* (articolo 1356 Cod. civ.) Non fa dipendere la efficacia giuridica dall'accettazione. Ciò basta. Fra le varie opinioni trovo convincente la ragione del Belime *Philosophie du droit*, t. II, p. 665 « Ici il n'est « pas question de m'acquérir un droit, il « s'agit *seulement de former la conviction du* « *juge* et certe ce qui forme cette conviction « c'est l'aveu même de mon adversaire, ce « n'est pas mon acceptation ». Sotto l'aspetto dell'*elemento convenzionale*, che certamente si congiunge all'*elemento logico* costituente la prova (vedi n° seguente), l'accettazione, che potrebbe volersi necessaria, *esiste nella stessa proposta* o provocazione giudiciaria di una confessione sulla quale il provocante viene a stabilire il suo titolo, da lui come anticipatamente accettato, *esiste a posteriori coll'uso che fa in giudizio* della confessione, traendola a proprio profitto.

7. E qui pure la legge ha detto con rimarchevole insistenza *Non può rivocarsi quando non si provi ch'essa fu la conseguenza di un errore di fatto, non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di diritto.* E deriva dall'elemento convenzionale, come in una bella monografia insegnò il Pescatore (*Logica del diritto*, vol. I, p. I, cap. 16) Onde, civilmente parlando, la confessione contiene una vera rinuncia di diritto, una transazione, la volontà di terminare la lite, l'acquietamento spontaneo all'altrui pretesa, eziandiochè ingiusta o almeno esagerata potesse considerarsi per se stessa. Il diritto non può ignorarsi, *et volenti non fit injuria* Ne consegue che *per solo errore di fatto è lecita* moralmente, *è possibile* giuridicamente, la revoca della propria confessione

Articolo 219.

Nel processo verbale si fa risultare delle interrogazioni e delle risposte.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti, dal presidente o dal giudice delegato, e dal cancelliere

§ 2.

Del giuramento.

OSSERVAZIONI GENERALI

Il rito descritto in questo paragrafo ci appare molto semplice; pochi ordinamenti lo compongono, e ne fa desiderar quelli di cui era ricco il tit. XI del lib. IV del Codice di procedura civile del 1859. Chi legge la relazione del ministro che presentò il primo progetto al parlamento ove si scorge delineato un sistema pieno di cautele e di avvedimenti quale si addice a sì grave e difficile subbietto, si maraviglia a tanta che potrebbe chiamarsi ignuda semplicità del Codice, crede avvenuto un radicale cangiamento nelle idee; ma avvenne soltanto un cangiamento di metodo. Nel diritto di priorità che ha la legislazione civile sulla giudiziaria, non poche delle disposizioni che facevano parte della procedura, si richiamarono al Codice civile (tit. IV, capo 5, sez. 5, § 1). Ivi sotto la rubrica *giuramento decisorio*, per distinguerlo dal *giuramento deferito d'ufficio*, negli articoli 1366 al 1372 si dettano precetti che furono stimati materia del diritto giudiziario, e parmi atto di sapienza legislativa. La prova quando è sistemata dal legislatore, o non abbandonata alla convinzione morale dei giudici, costituisce condizione di rapporti giuridici, onde nasce la distinzione che il legislatore ha bene apprezzata, fra le sue forme essenziali, e quelle modalità che occorrono a metterla in atto, le quali appartengono alla legge del rito. Ma quelle disposizioni che ora troviamo disgiunte per alte ragioni di metodo, noi dobbiamo ravvicinare per comprenderne le relazioni e misurarne i pratici effetti.

Articolo 220.

Il giuramento decisorio si può deferire in qualunque stato e grado della causa.
Chi lo deferisce deve proporne la formola.

Annotazioni.

1. « Può deferirsi (il giuramento) in qualunque stato si trovi la causa, *ed anche quando non vi sia alcun principio di prova della domanda o della eccezione sulla quale si deferisce il giuramento* » (articolo 1360 del Codice civile). Noi abbiamo in ciò esattamente seguite le traccie del diritto romano (Leg. 12 e penult. Cod. de rebus creditis; Leg. 11, § 3; Leg. 35 princ. Dig. de jurejur.; Leg. 25, § pen. de probat.).

Come la legislazione italiana ha preso molto avanti il passo sulla francese in questa materia dal giuramento giudiziale, così la giurisprudenza ha progredito. La prova del giuramento, senza perdere la sua importanza di rimedio sovrano e di risolvente eroico, per così chiamarlo, della crisi giudiziaria, nei nostri concetti probatoriali ha trovato dei limiti. Nell'articolo 1364 del Codice civile sono prescritti codesti limiti; e quantunque il citato art. 1366 intenda a favorire la prova ed agevolarne l'ammissione, è stato ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza che il favore espresso dalla legge costituisca esso pure un limite che non si può oltrepassare. Recherò un notevole passaggio della dottrina del Pescatore: « Diciamo, col testo della legge, che il mio avversario *può*, cioè ha diritto di deferirmi il giuramento decisorio della lite, benchè il suo assunto negato da me non sia convalidato da alcun principio di prova; dunque (ne deduciamo) *per la sola deficienza di ogni principio di prova* il giudice non ha diritto di rigettare quel giuramento. Ma non estenderemo quella disposizione di *gius singolare* ad un caso diverso, *che non appare in modo*

« mezzo sia stato egualmente apprezzato dal « legislatore. Se dunque l'assunto del mio av« versario, oltre all'essere sprovveduto di ogni « amminicolo favorevole, si trova già combat« tuto da una prova od anche solo da un prin« cipio di prova in contrario, il giudice avrà « facoltà di rigettare anche il giuramento de« cisorio deferito ». In forma di decisione » (*Sposizione della procedura civile e criminale*, vol. I, pag. 250). Decisioni in questo senso: corte di Casale, 12 febbraio 1856; cassazione, 27 novembre 1856, Bettini, tom. VIII, part. I, pag. 890; corte di Genova, 17 giugno 1856, Bettini, VIII, II, 816; corte di Torino, 9 giugno 1857, Bettini, IX, II, 491; corte di Genova, 29 novembre 1859; corte di Cagliari, 1° luglio 1857, Bettini, IX, II, 590. In codeste decisioni (che non sono le sole che possano citarsi) ora si trattava che il deferente si metteva in contraddizione colle proprie affermazioni e coi propri assunti, ora che la parte contraria aveva più o meno concludentemente provata la sua azione o la sua eccezione.

2. **Precedenti storici.** — Mi permetto di insistere alquanto su questo tema molto grave e non bene ancora assicurato. Proverò che la dottrina è antica e già insegnata dai migliori interpreti del diritto romano, fondata principalmente sul principio che la prova del giuramento decisorio, quantunque tanto potente, è di una natura *sussidiaria*, come sono nell'ordine civile tutte le testimonianze della coscienza. « Sunt et justæ causæ (Voet, *ad* « *Pand.*, de jurejur., lib. XII, tit. II, num. 15) « propter quas delatum jusjurandum neque « suscipiendum est ab adversario, neque refe« rendum, veluti: si jam plene per eum, cui « defertur, intentio vel exceptio probata est, « eo quod *jusjurandum subsidiarius tantum* « *probandi modus est*, qui neque contra mani« festas alias *ordinarias probationes legitimas* « *atque sufficientes* operari debet, si forte ex « relatione ejus, qui plene probavit, præsta« retur, neque probationi per se fidem ple« nam facienti robur majus, majoremve fidem « addere debeat si is qui probavit, insuper ex « delatione juraret ».

Nulla di più autorevole in questa materia del diritto canonico. Ecco una Decretale di Alessandro III: « Sane quoniam apud vos « consuetum esse didicimus, ut quum aliquis « intentionem suam *fundaverit*, *instrumentis* « *aut testibus*, et sacramentum sibi hominis « deferatur, quod si subire noluit, hoc probationibus non habetur. Nos itaque tunc de« mum ad hujusmodi suffragium recurrendum « cum *aliæ legitimæ probationes desunt* no« scuntur) TALEM CONSUETUDINEM REPROBA« MUS » (cap. II, de probat.).

In questo modo è tutelata la libertà di diritto: il dover giurare a posta altrui è una imposizione seria, alla quale non si deve soggiacere quando si è acquistata nel processo una posizione vantaggiosa. Il Voet, e con lui il Faber e il Carpzovius, porta una ragione morale, che vale ora e sempre: « Et sane ne ita « statuas haud raro futurum est, ut justissi« mam foventes litem probationibus luce me« ridiana clarioribus adstruendam causa ta« men cadant: dum ipsos ad superstitionem « forte timidos metu divini Numinis, et suc« cumbere quam jurare malentibus, adversa« rius horum non ignarus jusjurandum eo de« ferret fiducia, fore, ut illud sibi ab eo qui « jurare non audet, etiam cum evidenti per« jurii periculo referatur ».

3. **Questione.** — *Se possa proporsi il giuramento in conclusione sussidiaria*. Il disputare che se ne fa in Francia cade principalmente sulle conseguenze, ossia sulle qualificazioni che devono attribuirsi al giuramento proposto in *conclusione sussidiaria*. Zachariæ, t. III, § 753, disse ch'esso non perderebbe per ciò il carattere di decisorio. I suoi diligenti e severi annotatori, Aubry e Rau, respingono questa sentenza, e provano all'appoggio di autorità e di decisioni *che il giuramento deferito da una parte la quale ha fatto valere tutti i mezzi atti a giustificare la sua domanda o la sua eccezione, non sia che un giuramento suppletorio*. Altre decisioni, dicono gli stessi autori, hanno dichiarato *che, quando il giuramento non sia stato deferito che sussidiariamente, il giudice può, secondo le circostanze, considerarlo come un semplice giuramento suppletorio, o come un vero giuramento decisorio*. « Queste differenti decisioni, prose« guono, benchè divergenti fra loro, *sono non*« *dimeno tutte fondate sulla idea che un giura*« *mento non può esser decisorio* se non quando « colui che lo deferisce faccia da esso dipen« dere *unicamente ed esclusivamente* la deci« sione della causa ». Ma egli è un errore, secondo questi scrittori di cui accetto la dottrina. Se il giuramento decisorio è quello da cui dipende la decisione della causa « ciò non « è nel senso *che il giuramento dee essere l'u*« *nico mezzo* cui *propone* quello che lo *deferi*« *sce*, ma bensì nel senso che il deferire il « giuramento debba avere per risultamento di « porre termine necessariamente e irrevoca« bilmente al litigio, ecc. ».

Conclusione sussidiaria è quella con cui si chiede l'ammissione del giuramento decisorio,

qualora le prove che lo stesso comparente ha dedotte, o è per dedurre, non fossero stimate sufficienti al suo assunto. Non troverei che neppure nel nostro sistema avesse a respingersi una domanda che, come benissimo fu osservato, si risolve in un giuramento suppletivo (Vedi più avanti *Nuove considerazioni sul giuramento decisorio*).

Articolo 221.

Il procuratore non può deferire, accettare o riferire un giuramento decisorio, rivocare il giuramento deferito, o dispensare dal prestarlo, senza mandato speciale per quest'oggetto, salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

Articolo 222.

L'ordinanza o la sentenza che ammette il giuramento ne contiene la formola, e prescrive che si presti all'udienza, salvo che per motivi gravi sia delegato un giudice per riceverlo.

Quando il giuramento sia ammesso con ordinanza, questa stabilisce il giorno in cui dovrà essere prestato, sempre che debba prestarsi all'udienza o davanti un giudice del collegio.

Negli altri casi l'ordinanza o la sentenza prescrive la comparizione delle parti davanti il presidente o il giudice delegato, per stabilire l'udienza o il giorno in cui il giuramento dovrà prestarsi.

Annotazioni.

1. A due questioni molto diverse si applica la mente del giudice. *È ammissibile il giuramento? Deve accettarsi o riformarsi la formola del giuramento?* Requisiti del giuramento decisorio per la sua ammissibilità sono: 1° *la sua attitudine e capacità di decider la lite* (cassazione, 25 giugno 1859, *Gazzetta dei Tribunali*, detto anno, pag. 370; cassazione, 21 dicembre 1859, *Gazzetta dei Tribunali*, ivi, pag. 538), 2° *la sua relazione coi principii stabiliti dalla legge normale* (art. 1364, 1365 del Codice civile), 3° *deve contenere un soggetto passibile di transazione* (Toullier, t. x, pag. 378, Duranton, t. xiii, n° 541); 4° *deve essere deferito da persona che abbia capacità di transigere, a persona che di eguale capacità sia dotata*, 4° *che non manchi di certi caratteri di credibilità; non appaia inverosimile, non sia contraddetto da prove acquisite alla parte contraria, o in grave opposizione colle deduzioni stesse del proponente.*

2. **La formola** — L'ordinanza o la sentenza *contiene la formola;* questo testo può stare in varie ipotesi, o che non vi sia stata opposizione alla formola esibita, o la opposizione sia tornata inutile, o il tribunale abbia ridotta la formola controversa a termini di verità e di ragione.

La parte che ha deferito il giuramento può revocarlo (licet pœnitere) in tre momenti del processo: 1° anzichè la parte contraria abbia dichiarato di accettarlo o di riferirlo, 2° prima della sentenza di ammissione; 3° dopo la sentenza, se il tribunale ha variata la formola (articolo 1372 del Codice civile. Nella relazione Pisanelli se ne diede la ragione: « Il « deferente che si vede impegnato in una pro« posizione che non è quella da lui contem« plata, e nella quale potrebbe trovarsi cam« biata la sostanza della materia articolata, « deve aver il diritto di recedere dal propo« sito di far dipendere dalla dichiarazione del« l'avversario la decisione della controversia ».

La formola può essere combattuta, o perchè *non abbastanza comprensiva*, o perchè riunisca fatti o circostanze *estranei, assurdi* o *esclusi* nello stato degli atti. La cassazione, allora sedente in Milano, in una magistrale decisione (4 gennaio 1865, ricorso Alvigini-Carbone, relatore Pescatore, fermati i principii che regolano la materia, statuì potersi risecare e ridurre la formola in quelle parti « di cui sia stabilita legalmente la erroneità, « la quale può risultare da una prova passiva, « o da una presunzione legale in contrario, « o da un complesso di presunzioni ».

Questo è di fatti lo spirito del nostro sistema, che da lungo tempo ha ripudiate le facili dottrine francesi sul giuramento. Nel vuoto del processo il giuramento potrà creare la

prova che manca, ma non rendere deteriore la condizione dell'avversario, costringerlo a risolvere, per una specie di violenza morale che gli viene imposta, fatti di cui egli esibisce la prova, o fatti che ha acquistato diritto di espellere dal processo. Con quella decisione della corte suprema, nella quale io ebbi l'onore di intervenire, fu colpita di nullità una sentenza che aveva ritenute nel dettato della formola certe circostanze impugnate coll'addurre che avrebbero servito a renderla più completa, senza poi occuparsi della relazione che quelle circostanze o ritenute o aggiunte potessero avere colle prove già esistenti, e per le quali si sosteneva in contrario la erroneità loro essere dimostrata.

3. Senza dubbio la *formola* coi suoi caratteri, coi suoi requisiti e colla sua legittima efficienza, appartiene all'essenziale della prova. Quindi l'avervi dato stanza fra le nozioni del Codice civile, a noi parve assai buono Osservazioni generali. Ma perchè colla legge civile non fu messa in relazione la procedura? Del diritto di opposizione alla formola, del modo di farla, della trattazione o decisione di questo incidente della causa, neppure una parola. Non si parla tampoco dell'*accettazione* o della dichiarazione *di riferire* il giuramento, che o è necessaria secondo l'articolo 1372, o che almeno si ha pienissimo diritto di fare prima della sentenza, non meno che di elevare questioni sul dettato della formola. Certo è che fra l'articolo 220 e il 222 c'è di mezzo, per così dire, un processo che non si vede, e che io descrivo pressochè in vita, richiamando l'abolito articolo 280 del Codice del 1859, e riponendolo nel luogo ove dovrebbe stare « Se « venne deferito un giuramento, e la contro« parte non fa un'esplicita dichiarazione di « accettarlo o di riferirlo; se si discute sul« l'ammissibilità in genere del giuramento o « sulla sua qualità di decisorio, o sui termini « nei quali fu proposto *può una delle parti « provocare la decisione dell'incidente in via « sommaria a udienza fissa* » Questa procedura dunque dovrà tenersi, supplendo razionalmente al difetto del Codice, *non est novum ut leges posteriores ad priores trahantur*

Articolo 223.

L'ordinanza che stabilisce il giorno per prestare il giuramento è notificata personalmente alla parte che deve giurare, nel termine da essa prescritto

Tra la notificazione della ordinanza e il giorno stabilito per prestare il giuramento deve passare un intervallo non minore di giorni quindici.

Annotazioni

Se il giuramento decisorio si ammette tanto con *sentenza* quanto con *ordinanza*, quando ciò sia, è d'uopo un momento indagare, non essendo cosa delle più semplici, o almeno delle più chiare.

L'articolo 222 ne parlava come di cosa indifferente, *la ordinanza o la sentenza che ammette un giuramento, ecc.* Poi nel capoverso si dice precisamente che *il giuramento è ammesso anche con ordinanza* è dunque cosa intesa; o l'una o l'altra

Ma quando sarà il caso della sentenza, e quando della ordinanza? Non c'è niente a dire sulla sentenza ognuno crederebbe che una questione di giuramento decisorio dovesse portarsi contraddittoriamente al collegio, e al collegio appartenesse il deciderla, e quindi non si potesse non proferire una sentenza. Il Codice di procedura sardo, ora cessato, nel titolo *del giuramento* non parlò mai di ordinanza, ma sempre di sentenza. Ora vediamo che basta anche un'ordinanza, *un provvedimento, cioè che si fa in corso di causa dai presidenti dai giudici delegati, ecc.*, sempre dal giudice singolare, mai dal collegio (articolo 50 Ne segue che la disposizione dell'art. 206 è applicabilissima anche in fatto di giuramento decisorio, e il presidente *vi provvede* giusta l'articolo 181.

Resta dunque che *non essendo le parti d'accordo*, il presidente rimetta la causa all'udienza, ed indi in contraddittorio delle parti esca sentenza.

Secondo il letterale, e credo inevitabile, disposto dell'articolo 222, l'*ordinanza* (che non può esser che quella del presidente, non solo contiene la formola come dev'essere supponendo che sia già stata accettata dalle parti), *ma prescrive eziandio che il giuramento si presti all'udienza, salvo, ecc.*, ed è ben singolare che il collegio, nella sua naturale superiorità di corpo, debba porgersi semplice esecutore della ordinanza di uno dei suoi membri, sia pure il primo, che gli impose e il giuramento e la formola e il modo di prestarlo. Si è venuto a questo per troppo amore di semplicità.

Alcuno troverà non meno singolare che il presidente, invocato dalle parti sopra istanza stragiudiziale e quasi conciliativa, sia in grado di conoscere talmente il processo, la natura della questione, i risultamenti che sono per derivarne, da poter decidere *se alla prestazione alla udienza, o per motivi gravi*, sia da preferirsi *un giudice del collegio*, e ch'egli, presidente, non avente l'autorità del collegio, possa delegarlo, come sembra in mezzo alla oscurità poterai dedurre dall'articolo 222.

Non competerebbe alla umiltà di questo commento il passare qualche volta nel campo della critica; ma ogni scrittore, io penso, qualunque ristretto còmpito si proponga, deve sentire ch'egli può bene sopprimere una lode, ma non risparmiare una censura, quando nella sua coscienza lo creda utile.

L'ultimo capoverso dell'articolo 222 sembra voler dire che *se il giuramento non deve prestarsi alla udienza nè davanti un giudice del collegio*, in tal caso l'ordinanza o la sentenza *non stabilisce il giorno in cui il giuramento dev'essere prestato*, ma prescrive soltanto che si debba comparire *avanti il presidente o il giudice delegato per stabilire la udienza o il giorno*, ecc. Ma se la ordinanza è pronunciata dallo stesso presidente, perchè non destina egli stesso il giorno nel quale, avanti di lui, il giuramento dev essere prestato? S'intende la ragione per cui questo deve farsi quando *per sentenza del collegio* è ammesso il giuramento, che non deve prestarsi poi alla udienza, ma avanti un giudice delegato.

L'ordinanza adunque può essere di tre maniere: o contiene tanto la ingiunzione di dover giurare che la indicazione del giorno in cui si deve giurare, ovvero contiene soltanto la detta ingiunzione, e non prescrive il giorno, ma solo dichiara avanti quale autorità si deve comparire, o finalmente in via esecutiva non fa che stabilire il giorno in cui si deve prestare il giuramento che è il caso dell'articolo 223.

L'articolo 223 dichiara che quest'ultima ordinanza *deve essere notificata*, ecc., e almeno quindici giorni devono passare fra la notificazione e il giorno in cui si deve prestare il giuramento. Ma le due prime specie di ordinanze, e così diremo la sentenza, non dovranno esse pure esser notificate? E qual termine dovrà decorrere? Certamente dovranno essere notificate, e si avrà sempre cura di lasciare alla meditazione della parte chiamata a rispondere l'intervallo dei quindici giorni.

Articolo 224.

La parte cui è deferito il giuramento ammesso con sentenza, se lo voglia riferire, deve farne dichiarazione prima dell'ordinanza che stabilisce il giorno per prestarlo, altrimenti si ritiene che abbia eletto di giurare.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Quale rispetto avessero gli antichi per la santità del giuramento, quanto si reputasse periglioso e grave imporre una tale obbligazione, lo attesta l'indispensabile preliminare del *giuramento di calunnia*. Il deferente doveva appressarsi all'ara della giustizia colla coscienza persuasa del proprio diritto, e farne professione solenne (*autent. principales Cod. de jurejur. propter calumn.*, *cap. inhaerentes* 1, *de juram. calumniae*. La glossa aveva partita la formola in cinque capi di attestazioni che il deferente doveva premettere sulla innocenza del fatto suo. E così correva la pratica, regolata dal diritto. Diverso *quoad objectum et quoad extensionem* dal *juramentum malitiae* che non si prestava che di volta in volta che sorgessero dei sospetti, non *super tota causa*, *sed super exceptionibus et aliis singularibus articulis*, colla quale acqua benedetta, continuamente aspersa sul capo dei litiganti, si credeva purgere la naturale immoralità della lite, e scongiurarne i maligni artifici (*Cap. in appellat. causa* 2 *de juram. calumniae*, in 6° §, *in omnibus aliis causis, et glossa in v° Malitiae*). Il *juramentum calumniae* dicevasi anche *juramentum credulitatis*, laddove il rispondente doveva prestare il *juramentum veritatis*, e non erano, siccome è chiaro, in opposizione. Del resto il primo che attestava la buona disposizione morale del deferente, non influendo sull'oggetto della prova, fu abbandonato quando l'età cominciò a sentire ch'era meglio giurar poco per giurare il vero.

2. L'interpellato può liberarsi dal giuramento *col riferirlo* allo stesso suo avversario. Possono trovarsi le norme nella Leg. 34, §§ 5 e 8, Dig. de jurejur. Così si rispetta la suscettibilità religiosa dell'interpellato e la sua libertà morale. Il Codice civile pone questo diritto nell'art. 1367. Pone le limitazioni nei due articoli successivi. Vi è *impedimento estrinseco*

quando l'interpellato dichiarò *di esser pronto a giurare*, è il contratto giudiziale. Havvi impedimento intrinseco (in re ipsa) quando « il « fatto, che n'è l'oggetto, non è comune ad « ambedue le parti, ma soltanto proprio di « quella a cui (il giuramento) fu deferito » (art. 1369). Se Tizio abbia rimossa una diga, e con ciò versava l'acqua sul campo del suo vicino, è un fatto di questo genere.

3. *Sul giuramento di scienza.* La scienza di un fatto può esser comune, quindi la facoltà di *riferire il giuramento*. *Ma è ammesso*, nei nostri costumi, *il giuramento di scienza?*

Io credo potersi ammettere nel solo caso in cui *la scienza stessa costituisca la obbligazione*. In questo solo caso di fatti il giuramento sarebbe decisorio. È una questione di possesso che si pretende clandestino? La *scienza* del proprietario potrebbe costituire in lui obbligazione di risarcire. Anche questo giuramento sarebbe irriferibile. Tuttavia non posso dissimulare che il giuramento di semplice scienza si è ammesso molte volte, e le vecchie dottrine lo sostengono. Ma io crederei questa giurisprudenza da riformarsi per ragioni ulteriori che mi sono vietate dallo spazio.

4. Ho avuto il dispiacere di notare più di una volta che questo paragrafo o è troppo scarso, o non è bene ordinato. Eccone sfortunatamente un altro esempio. Dice l'art. 224 che *se prima della ordinanza che stabilisce il giorno per prestare il giuramento* l'interpellato *non dichiara di volerlo riferire*, si ritiene che abbia eletto di giurare. Ma pare siasi dimenticato che per l'articolo 222 *l'ordinanza che ammette il giuramento stabilisce pure il giorno in cui si deve prestare*, semprechè, ecc. Come potrà adempiersi al prescritto dell'articolo 224, mentre la parte non è ammonita del giorno se non contemporaneamente alla ordinanza di ammissione del giuramento che gli verrà notificata? È giuocoforza dire che in questo caso l'articolo 224 non avrà applicazione, altrimenti si perderebbe senza colpa il diritto di *riferire* il giuramento che è garantito dalla legge normale (art. 1367 del Codice civile). L'art. 224 *suppone che vi siano due ordinanze distinte*, una delle quali ammette il giuramento, l'altra fissa il giorno, e fra l'una e l'altra la dichiarazione dovrebbe farsi.

5. *Se la sentenza od ordinanza che ammette il giuramento debba notificarsi alla parte in persona.* Nell'articolo 223 è scritto che *deve notificarsi alla parte in persona* la ordinanza che *stabilisce il giorno per prestare il giuramento*, e d'altro non si parla. Si è più volte, e poco avanti, avvertito che la *ordinanza di ammissione* contiene in certi casi anche la destinazione del giorno. È troppo evidente che in applicazione dell'articolo 223 sarà notificata alla parte in persona. Ma esistendo la sentenza o la ordinanza di semplice ammissione, separata dall'altra, non dovrà nello stesso modo notificarsi? A me pare indubitato. Vi è la stessa, se non più forte ragione. Il giuramento è tutto e solo affare della parte, è un appello alla sua coscienza, alla sua moralità; un agente intermedio non sarebbe che un imbarazzo, forse un ostacolo. L'interpellato ha diritto di godere di tutto il suo tempo, deve concentrarsi nella sua memoria, pensare al grave atto che gli si appresta dall'ardimento o dalla fiducia dell'avversario.

La tradizione giuridica lo conferma (Carré, quest. 506, Thomine, tom. I, pag. 239, Boncenne, t. II, pag. 506, corte di Torino, 13 settembre 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, 1855, pag. 712, Chambéry, 22 luglio 1856, *Gazzetta dei Tribunali*, 1857, pag. 503, ecc.). Non dissento che la sentenza od ordinanza sia da notificarsi eziandio al procuratore, come in alcune di quelle dottrine cautamente si accenna.

Articolo 225.

Quando la parte che deve giurare non si presenti nel giorno indicato, s'intende che ricusi di prestare il giuramento, salvo che giustifichi un impedimento legittimo.

Annotazioni.

1. Questo articolo si occupa del giuramento non prestato, che si ritiene tacitamente ricusato, il seguente, del modo della prestazione, e fa presagirne gli effetti, senza indicarli per altro, col più completo abbandono ai principii generali del diritto. L'articolo 1367 del Codice civile dichiara le conseguenze del contegno negativo dell'interpellato. « Quegli a cui « è deferito il giuramento, se ricusa di pre« starlo o non lo riferisce all'avversario, soc« combe nella domanda o nell'eccezione; e pa« rimente soccombe l'avversario, se ricusa di « prestare il giuramento che gli fu deferito ».

2. L'*impedimento legittimo*, se è permanente (età o malattia cronica), abilita il giudice di recarsi all'abitazione della parte che deve giurare (corte di Genova, 25 giugno 1851, Bettini, 1851, tom. II, pag. 647). Sta per questo la regola generale dell'articolo 215.

Articolo 226.

Il giuramento si presta in persona dalla parte chiamata a giurare.

Il presidente o il giudice delegato deve premettere una ammonizione, che rammenti l'importanza e la santità dell'atto.

La parte comincia a prestare il giuramento, pronunziando le parole: *Giuro, chiamando Dio in testimonio della verità di quanto dichiaro*, e continua leggendo o ripetendo a voce chiara le parole della formola in cui giura, osservati nel resto i riti speciali della religione professata dalla stessa parte.

Annotazioni

1. Della *forma religiosa*. La testimonianza è sempre un atto della coscienza, o il rapporto giuridico che deriva dal fatto accertato sia nel nostro, o nell'interesse altrui. Il testimonio e la parte hanno dunque lo stesso dovere morale; la differenza è soltanto nello scopo che si annette al giuramento. Chi invece la testimonianza della persona stessa interessata ad affermare il contrario, non si affida semplicemente nella comune probità, ma pone un interesse in bilico con un altro interesse, e fa il calcolo che quello che è potentissimo, benchè futuro, vincerà l'altro che è temporaneo e fuggitivo, benchè attuale e presente. Premio di quest'arduo cimento è la vittoria della causa; il pericolo che si corre esalta, e così esprimersi, la forza di questo mezzo, ne rende scarso l'uso e di gran momento l'effetto. Apparteneva allo stesso legislatore il comprender la grandezza dell'atto e predisporne la esecuzione. Il giuramento contiene una transazione, ma nell'effetto, non già nello stesso giuramento. Non si giura nel modo con cui vogliono le parti: onde si pagano-ssimo tra le ogni principi, quando quei giureconsulti scrissero: *omne enim omnino licitum jusjurandum per quod voluit quis sibi jurari idoneum est, et si ex eo fuerit juratum, Praetor id tuebitur. Divus Pius jurejurando, quod propria superstitione juratum est, standum rescripsit* (Leg. 5, de jurejur.). Invocazioni adulatorie spregevoli e inefficaci erano quelle che troviamo nelle Leg. 3, § ult., 4, 5, 13, § ult., 33, de jurejur., Leg. 2, Cod. de reb. cred. et jurejur. Nell'epoca cristiana la *jurisjurandi religio* apparve nella formola in che si espresse la nuova fase che la obbligazione umana andava ad assumere, diventando divina. Giustiniano impose di *giurare* sul sacrosanto vangelo, e i gentili *tactis aris* non meno perfettamente adempivano al rito (Nov. 74, c. 5; Nov. 124, c. 1). Il rinnovamento dell'idea religiosa rialzò la dignità di quest'atto col farne comprendere lo scopo, il mezzo fu non la *coercizione*, ma la *libertà delle coscienze*, non vi essendo *obbligazione senza libertà*. La forza del giuramento è certamente posta nel credere che gli uomini credano e temano qualche cosa di terribile che sia al di sopra di loro, e che il culto di questo ente terribile è la verità; la legge suppone in ogni individuo umano una credenza religiosa, ed è consolante che l'ateismo sia per la legge una impossibilità, onde si renderebbe questo articolo privo di applicazione. Essa è logica quando dice: *osservati nel resto i riti speciali della religione professata dalla stessa parte*. Vi è forse religione senza Dio? Ma la legge intende ancora che l'importanza tutta sia nella soddisfazione della coscienza del giurante, e a noi deve bastare di esser convinti della sua convinzione.

2. *Della formola giurata*. Premessa la invocazione di Dio e il rito che ogni religione impone al giuramento, *si legge* o *si ripete* (il cancelliere legge) la formola *in cui si giura*. Questa espressione sembrerebbe voler dire che la formola stessa è accettata o rifiutata, *senz'aggiunta o spiegazione alcuna*, come sta. Argomento potrebbe essere a ciò che la formola stessa fu veduta, riveduta, discussa dal giudice e dagli interessati, tormentata, per così dire, da tutte le parti. Viene ora opportuna la relazione del ministro a sciogliere il grave dubbio, avvertendo che la seconda relazione, come suole, non accenna a verun diverso concetto. « Il Codice sardo del 1859, determi-« nando nell'articolo 289 la forma in cui deve « prestarsi il giuramento, stabilisce netta-« mente che *chi giura deve ripetere* a chiara « voce *le parole in cui è concepita la formola* « *del giuramento* (il nostro articolo non è di-« verso). Sembrava da ciò potersi dedurre che « niuna aggiunta, niuna spiegazione si potesse « fare dal giurante oltre la formola stessa. « Ma la giurisprudenza si mostrò restia a dare « così rigorosa interpretazione al citato arti-

« cola. Si considerò e si ritenne che il *rispon-* « *dente può aggiungere le spiegazioni che val-* « *gono a qualificare i fatti sui quali risponde,* « *ed a collocarli sotto il vero e genuino loro* « *aspetto* perocchè il *giuramento è di sua na-* « *tura indivisibile, e per misurarne la forza e* « *la portata è d'uopo ricorrere alle stesse re-* « *gole di diritto, che regolano in genere le con-* « *fessioni*. Che quantunque vari capi di giura- « mento fossero nelle specifiche loro formole « designati, ciò non toglieva che i rispondenti, « *completando il loro giuramento*, potessero « emettere tutte quelle dichiarazioni che cre- « dessero del loro interesse e secondo la loro « coscienza opportuno di fare, salvo l'apprez- « zamento che pure ne sarà fatto dal tribu- « nale. *Che non possono scindersi le circo-* « *stanze apposte dal giurante qualora siano* « *connesse col fatto e ne spieghino la natura* » Questa è l'autorità del giureconsulto e del ministro.

Senza ciò la proposta e la risposta si confonderebbero, che è contro la essenza della cosa. La *proposta* doveva essere ridotta a termini di *verità legale*, ciò si è fatto ma la risposta è *di natura*. Chi risponde dice ordinariamente di più, perchè non afferma o nega soltanto, ma spiega e giustifica. La connessione logica, specie di necessità del discorso, ecco il criterio della corrispondenza fra la risposta e la proposta. Per altro la difficoltà vera non è nella teorica, ma è sempre nell'apprezzamento. Non dobbiamo ripetere le osservazioni fatte in proposito degli interrogatorii.

a) *La risposta — non ricordo — è forse negativa?* La è, non la è, dissero molte nostre decisioni pro e contro, che è meglio non citare. La soluzione è questa. Per natura sua la risposta — *non ricordo* — è negativa, perchè nulla nega in genere, nulla afferma. Ma qualche volta potrebbe venir presa per un rifiuto di giurare, se circostanze imponenti dimostrassero troppo improbabile la dimenticanza. Questione di apprezzamento.

b) *Se qualche circostanza importante e chiaramente dedotta negli articoli non ebbe risposta, deve dirsi lasciata avvertitamente inevasa e da aversi come confessata?* Qui entra la ricerca se possa *ordinarsi la ripetizione del giuramento*. La omissione può bene ritenersi avvertita, e, come fu deciso, il fatto inevaso, può aversi per ammesso (corte di Torino, 14 luglio 1853, *Gazzetta dei Tribunali*, 1853, pag. 792). Altre volte le circostanze faranno vedere una incompletezza, una trascuranza, e così in questo caso come in altri, in cui le risposte non si trovino abbastanza chiare e la formola possa meglio esaurirsi, o sia trascorso qualche riparabile errore (corte di Torino, 10 febbraio 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, 1857, p. 201; corte di Genova, 13 gennaio 1852, *Gazzetta*, 1852, pag. 143; detta corte, 27 giugno 1853, *Gazzetta*, 1854, p. 1; corte di Casale, 10 gennaio 1854, Bettini, 1855; corte di Genova, 16 gennaio 1850, Bettini, 1850, tom. II, pag. 75).

c) *È necessaria la presenza della parte deferente o del suo procuratore?* No: per l'articolo 217 è semplicemente una facoltà, anche nel supposto che il giuramento si presti alla pubblica udienza. Osservazione che prende maggior forza dal vedersi nel seguente articolo prescritta al processo verbale la *sottoscrizione della parte che ha giurato*, e non di altra. Credo non essere senza intenzione la discretiva che s'incontra fra l'articolo 219 e l'art. 227. Si ordina in quello — *il processo verbale è sottoscritto dalle parti*. Le parti difatti sono in certo modo a fronte nell'interrogatorio semplice. Il giuramento ha da un lato una formola decretata, immutabile, dall'altro è Dio, e a Lui solo lo mi volgo giurando: la parte contraria è passiva nella sua assistenza. Non so se ci sia del sottile, o se la questa volta accondiscenda troppo all'accuratezza del legislatore.

3. *Dopo la risposta*. La causa è decisa nel senso che il *quod juratum* è *la transazione che finisce la lite*. Sotto questo aspetto la querela *falsi*, la ricerca di uno spergiuro, sarebbe cosa assurda. Noi non facciamo i conti con voi, ma voi li farete con Dio: ecco quello che dice la giustizia umana, che ne deduce una cosa sola: la esistenza della transazione (articolo 1370 del Codice civile). Noi ci dobbiamo ben vedere una *verità morale*, perchè ci siamo fondati in mezzi abili ad ottenerla, ma, a differenza dei criteri penali, non prendiamo per guida che una *verità legale* (V. appresso, pag. 547).

Articolo 227.

Il processo verbale riferisce la formola precisa del giuramento prestato, e ogni altra cosa relativa al medesimo.

Il processo verbale è sottoscritto dalla parte che ha giurato, dal presidente o dal giudice delegato, e dal cancelliere.

sarà la conseguenza? Una sola, ch'egli resterà nella sua imperfetta condizione di prova; che allo stato delle cose molto probabilmente perderà la causa, se pure, pronunciandosi sentenza definitiva, non l'ha perduta ma potrà vincerla col sussidio di altre prove o qui o in appello.

d) *Se la parte contraria a quella che è favorita dalla delazione del giuramento d'ufficio interviene all'atto della prestazione, senza protestare, accetta forse la sentenza e si toglie la facoltà d'interporre appello?* Accenno a tale questione, essendo molto agitata nella dottrina e nella giurisprudenza in Francia. Del resto mi sembra di facile soluzione. Io ritengo che la parte che assiste all'atto del giuramento senza protesta, s'interdica veramente la facoltà di appellare, e presti acquiescenza al giudicato, il che intendo senza pregiudizio delle sue eccezioni sul valutare gli effetti del giuramento prestato e di esibire prove in contrario. Ma *s'il laisse défaut* (vale a dire se non comparisca punto e lasci fare) *et à plus forte raison si elle interjette appel de la sentence qui l'ordonne, on ne peut tirer aucune fin de non-recevoir de la prestation du serment.* Questa opinione di Duparc-Poullain, che è anche quella di Carré, di Chauveau, consacrata da molte decisioni (non mancando però decisioni contrarie), a me pare certissima.

Considerazioni sulla dottrina del giuramento decisorio già portate nelle altre edizioni.

I.

Del diritto di deferire il giuramento decisorio in relazione allo stato delle prove, già stabilito in processo.

Ho bisogno di riassumere la teoria esposta nel commento (V. articolo 220).

Io poco mi occupai della potenza di questo mezzo di prova, abbastanza conosciuta. Mi atteggiai invece quasi moderatore della esagerazione. Malgrado il concetto che facile si presenta all'animo, del grande favore che merita codesto esperimento della coscienza, malgrado quel che di fiduciario e di generoso che vi ha nel deferire alla religione della parte contraria la decisione della controversia, io tentai dimostrare in poche parole, come portava l'indole del mio lavoro, che ben poteva anche offendersi la giustizia coll'abuso di questo mezzo sovrano. Addussi scrittori di grande autorità che pure qualificano questo mezzo come *suppletivo*, tentai di stabilire che la sua ammissione può trovare resistenza nella condizione delle prove acquisite al processo, che quella parte la quale ha sufficientemente fondata la sua intenzione, o la sua eccezione, può esimersi dal rispondere alla proposta di un giuramento, e confortai la massima con molte decisioni, e sopratutto con un testo puntuale e gravissimo della dottrina canonica.

Il limite però è mal definito sul terreno pratico, bisogna convenirne, io sono anche persuaso che la giurisprudenza in certe epoche siasi mostrata troppo avara di questo mezzo, successivamente ha inteso ad allargarsi in modo che ha fatto sentire ancora il bisogno di ritornare allo studio delle limitazioni.

Accenno ad una sentenza che vale per molte, e per l'altezza del magistrato che la pronunciò, e per la rara perizia giuridica del suo estensore (sentenza del 14 giugno 1867 della Corte suprema di Torino. Relatore Muratori. Collezione Bettini-Giuriati, 1867, pag. 439, parte 1ª).

Senza occuparmi della specie, mi trattengo sulla teoria generale ivi tracciata intorno all'ammissibilità del giuramento decisorio.

« Attesochè, ivi si disse, il Codice civ. albertino sotto l'impero del quale fu iniziata la « causa, come pure il Codice italiano già vigente nel tempo in cui emanava la sentenza « in esame, sono concordi nello stabilire che « il giuramento può deferirsi in qualunque « controversia civile, che può deferirsi in qualunque stato di causa, ed anche in mancanza « di un principio di prova della dimanda o « dell'eccezione sulla quale si provoca il giuramento; che in sostanza l'uomo il quale per « definire più prontamente la questione, si abbandona alla coscienza dell'avversario, deve « essere favorito. Che questi principii vanno « soggetti a limitazione *allora soltanto* che « trattisi di fatto delittuoso, di convenzione « alla validità della quale la legge prescriva « l'atto pubblico, d'impugnare un fatto che « l'atto stesso dichiari seguito avanti l'ufficiale « che lo ha ricevuto, di giuramento deferito « da chi non ha la libera disponibilità delle « cose sue od a chi si trova costituito nella « stessa condizione. Che in mancanza di una « disposizione proibitiva ed eccezionale, la regola dev'esser sempre osservata, può il giudice, se il partito presenta delle ambiguità, « volerne ordinare la correzione, ma non può « rigettarlo, questa facoltà gli compete solo « nei casi dalla legge specialmente previsti, e « quando i termini del partito, posti a confronte cogli atti, ne mostrino la inconchiu-

« denza, ed escludano dal medesimo il carat-
« tere e la qualità di giuramento decisorio ».

Mi si permetta di credere che la corte di cassazione non si è proposto di trattare la materia *ex professo*, come suol dirsi, non di dettare una teoria inflessibile, mentre ne delineava alcuni grandi tratti: la giustizia della decisione era perfetta e molto meno bastava all'assunto suo. Un tribunale aveva rigettato il partito vagando in una incerta valutazione dello stato degli atti, avvisando a non so quali contraddizioni nel sistema della difesa, e terminando col dire che i fatti proposti apparivano inverosimili. La sentenza benissimo osservò, che non è ad una supposta inverosimiglianza che deve arrestarsi il giudice per negare il giuramento decisorio laddove la coscienza dell'interrogato poteva sancirla, e dare all'inverosimile l'autorità del vero.

Ma checchessia, io non mancherò al debito di scrittore aggiungendo alcune rispettose ma franche osservazioni.

Anche noi facciamo appello alla legge, e per averla sott'occhio, trascriviamo l'articolo 1366 del Codice civile: « Può deferirsi il giuramento « in qualunque stato si trovi la causa ed anche « quando non vi sia alcun principio di prova « della domanda o dell'eccezione sulla quale « si deferisce il giuramento ».

Qual è la questione? Se si possa costringere a prestare il giuramento quella parte che ha sufficientemente stabilita la prova della sua azione o della sua eccezione; è, ripeto, il quesito sopra proposto.

È chiaro che il mio concetto accenna a quella condizione delle prove per cui, pronunciandosi sentenza, molto probabilmente dovrebbe decidersi a favore della parte alla quale si vuol deferito il giuramento decisorio. Col mezzo del giuramento si può troncare le dubbiezze, vincere eccezioni non concludentemente dimostrate, schiacciare opposizioni che si stanno formando, ma se contro una confessione giudiziale, o stragiudiziale, fatta dalla parte, o contro una prova scritta o anche testimoniale piena e compiuta, sia lecito trasvolare al giuramento decisorio, è ciò che io non ammetto.

Il citato articolo 1366 del Codice civile dichiara in primo luogo che il giuramento decisorio può deferirsi *in qualunque stato della causa*. L'articolo 220 della procedura conferma questo postulato, aggiungendo *in qualunque grado della causa*. *Lo stato della causa* non è lo *stato delle prove*, ma concerne il processo in quanto sia più o meno avanzato, in quanto sia più o meno maturo alla decisione. L'articolo 335 del Codice di procedura spiega chiaramente questa nozione. È una idea che vi corrisponde quella del *grado*, tutto ciò mette in fermo, che la prova del giuramento è privilegiata sopra le altre in quanto si ammette anche quando non possono farsi altre prove dopo la iscrizione in ruolo, per esempio, nei giudizi formali, cominciata la udienza nei giudizi sommari.

Rispetto alla seconda parte dell'art. 1366, il suo costrutto è tale che forma la prova evidente della nostra proposizione. *Anche quando non vi sia alcun principio di prova della domanda o della eccezione*, si può deferire il giuramento. E non si dice già *a fronte di qualunque prova stabilita in processo* a favore della parte che si vuole tenuta a prestar giuramento. La legge non si è occupata punto dello stato delle prove esistenti, si è limitata a dire che anche *nella deficienza di ogni prova*, e persino di *ogni principio di prova*, si può senz'altro iniziare un processo dalla delazione di un giuramento. Ma se la parte opposta avesse cumulate prove concludenti in suo favore, non solo il deferente mancherebbe di prova, sarebbe soverchiato dalle contrarie.

E neppure l'articolo 1364 riguarda lo stato delle prove esistenti, il suo oggetto è di affermare la massima generale quali siano i casi in cui il giuramento non può deferirsi: « sopra « un fatto delittuoso, nè sopra una conven- « zione per la cui validità si esiga un atto « scritto, nè per impugnare un fatto che un « atto pubblico attesti seguito nell'atto stesso « avanti l'ufficiale pubblico che l'ha ricevuto ».

Così la inammissibilità del giuramento si suddivide, l'una è assoluta e l'altra relativa; l'una è proclamata dalla legge, l'altra può ritenersi dal magistrato con quella prudenza, con quel legittimo arbitrio che esercita sempre in materia di prove.

Forsechè non vi hanno casi nei quali ripugna che una parte sia obbligata a giurare; forsechè gli articoli 1364 e 1366 gli hanno contemplati codesti casi? E basta che ce ne sia uno collocato fuori di quelle sedi per mostrare ch'essi nelle loro concessioni o limitazioni non formano tutto un sistema, e qualche cosa rimane alla ragione del giureconsulto.

Fra le prove acquisite alla parte contraria vi può esser quella di una *confessione giudiziale o stragiudiziale diretta*, come osservai di sopra. Permettetemi di credere che se voi avete confessato in giudizio di essere debitore della somma che io vi ho chiesta, voi non siete in facoltà di rimettere tutto il problema col

deferirmi un giuramento decisorio, il che equivale al ricominciar da capo il processo. Voi vi porreste arbitro della posizione degli atti, presentando una formola più o meno discutibile, sperate di sorprendermi, e come colui che tenta fuggire dal luogo ove deve perire, confida negli accidenti più strani, nella morte del giurante, nella sua timidità, nelle aberrazioni di un giudice, ad ogni modo prolunga la lite; ed ecco un beneficio ottenuto.

Quelle legislazioni che nello spirito teocratico usano ed abusano del giuramento, hanno potuto dire che il giuramento decisorio può esser deferito *anche contro le confessioni o dichiarazioni giurate delle parti* (§ 750 del regolamento pontificio del 10 novembre 1834). In quelle legislazioni si giurano le risposte alle interrogazioni giudiciali; e vi ha una specie di gerarchia di giuramenti che crescono di forza secondo l'effetto che devono produrre, e i giuramenti minori restano come assorbiti. Vi è questo da osservare, che se i tempi corrono propizi alle credenze religiose, uomini che sentono di aver ragione, tremando innanzi al grande atto, si rifiutano. Per gli scettici il giuramento non è che un giuoco. Non saremo noi che vorremo far forza alla legge per estenderne in questa materia il significato e le parole. Concludendo come si cominciò, chi ha acquistato a sè la prova in processo non deve soffrire l'incomodo di questa specie di tortura del senso morale. Non diciamo cose nuove, in tempi meno foggiati a libertà questo diritto era rispettato (1); non crediamo che si debba tornare indietro (2).

II.

Sull'articolo 1370 del Codice civile, e se comprovato in giudizio penale lo spergiuro, in causa civile si faccia luogo ad un'azione per risarcimento di danni.

L'articolo 1370 ora citato dice molto chiaramente: « Se fu prestato giuramento deferito « o riferito, non si ammette l'altra parte a « provarne la falsità ». Nè ciò è nuovo, ma si è data, per così dire, l'ultima consacrazione ad un principio ch'era comparso in quasi tutti i codici della penisola (3).

Solo il regolamento legislativo-giudiziario degli Stati pontificii (del 10 novembre 1834) era muto su questo punto. Il suo silenzio faceva manifesto che lo spergiuro poteva perseguitarsi in giudizio criminale, e trovava apposita sanzione nell'articolo 165 dell'altro regolamento sui delitti e sulle pene del 20 settembre 1832. Era raro il caso che colui che si abbandonava apparentemente alla coscienza del suo avversario, non tenesse in serbo un paio di testimoni per colpirlo all'indomani di una dichiarazione contraria ai suoi interessi, facendogli pagare tutto l'importo della causa civile col rincaro di uno ai tre anni di detenzione e della interdizione di tutti i diritti civili e di famiglia.

Il Codice albertino aveva bensì adottato il principio al pari degli altri codici, ma in quella tendenza alla reazione che gli fu rimproverata, nell'articolo 1480 dopo le parole non diverse da quelle che formano il presente articolo 1370, aggiungeva, « Qualora però la « falsità ne fosse provata per sentenza crimi- « nale, gli effetti civili del giuramento deci- « sorio continueranno, ma sarà sempre salvo « al danneggiato il risarcimento dei danni ed « interessi che gli potranno competere in forza « della sentenza criminale ».

Era perfettamente congruo che vicino a questa disposizione esistesse una legge penale che condannasse lo spergiuro, sia che il giuramento fosse stato deferito o riferito, ed è l'articolo 374 del Codice penale sardo del 20 novembre 1859, ora esteso alla maggior parte del Regno, eccettuata la Toscana.

Ma intorno a ciò è osservabile che promulgandosi quel Codice nelle provincie meridionali col Decreto luogotenenziale del 17 febbraio 1861, l'articolo 374 venne soppresso per rispetto dell'articolo 1317 del Codice civile allora vigente in quei paesi, e col quale, si crede, venne trovato incompatibile.

La questione si presentò in origine avanti il

(1) Esempi potranno trovarsi nella Rota fiorentina: noi citiamo questo passo del Richeri, che attesta la giurisprudenza del Piemonte: « Semel in hisce rerum adjunctis mediam quandam viam, aequitate pro veritate habita, amplexum est, atque consulti ... ab actore productarum depositiones ab uno ex partibus legendas, atque expendendas esse: ... ut si pro actore satis probent amplius jurandum non sit, atque vera jurejurando locus fieret, si non satis probarent » (*Jurisprud. univ.*, tom. II, § 1100; Osasco, decis. 11, Thesauro, decis. 83).

(2) La giurisprudenza è venuta confermando questa tesi: corte d'appello di Firenze, 20 maggio 1868, *Annali della giurisprudenza*, vol. II, part. II, p. 225, corte di cassazione di Torino, 21 maggio 1867, ivi, vol. I, part. I, pag. 203).

(3) Del primo regno italiano (Codice Napoleone), articolo 1363; sardo, 1480, siciliano, 1317; parmense, 2323, estense, 2406.

sono destinati ad essere perpetuamente allo stato di controversia, perchè le leggi non hanno mai curato di risolverlo completamente forse per non far teoria troppo estesa, ed usurpar alla scienza, e perchè gli uomini pratici si contentano del fatto empirico che credono la miglior guida; sicchè mentre ci crediamo già inoltrati, ci tocca di rifare il cammino.

A noi parve di aver veduto chiaramente almeno quanto al criterio principale, riassumendo con altre parole questo concetto che volendo attingere dalla coscienza dell'avversario le prove che ci abbisognano, non possiamo pretendere d'imporgli una risposta quale conviene al comodo nostro, e rigettare quella che fa al comodo suo, in guisa che dividendo il fatto complesso si presti così all'interrogato una risposta ch'egli non ha data, nè ha voluto dare. Con ciò l'artificio stesso della formola non avrebbe buona fortuna, imperocchè se io propongo con parsimonia calcolata, è vero o no, che io vi ho mutuati cento scudi, non posso impedire che voi rispondiate, ho ricevuto cento scudi e li ho restituiti. Nella sostanza io vi domando se egli è vero che voi avete verso di me un debito di cento, e voi rispondete, no: ecco tutto.

Per la varietà delle specie giudicate si è venuta formando una casistica che tende per sua natura a indebolire la teoria, disperdendo i criteri normali: tuttavia una certa concordia riscontravasi nel senso della inscindibilità in principio fra le decisioni subalpine sotto legislazione identica, e possono citarsi le sentenze di cassazione, 8 luglio 1851, 2 gennaio 1858, 3 maggio 1858, della corte di Chambéry, 1° luglio 1859, di Torino, 27 dicembre 1858 (*Collezione* Bettini). In seguito siamo tornati alla omai vieta teorica di Bartolo (alla Leg. Aurelius, § 1, De liberat. legata) sulla connessione che possono avere o non avere le risposte colle proposte, connessione che si nega ogni volta che il fatto aggiunto, comunque diretto ad eliminare l'affermazione, apparisca distinto e successivo, anzichè simultaneo e dipendente, ut unum quasi *factum* contineat *factum* continuum. In tempo più recente la corte di Lucca (del 26 luglio 1866, *Annali della Giurisprudenza italiana*, anno 1867, part. II, pag. 54) venne inclinando in questa massima, il che mi basti aver accennato, senza esaminare il fatto che diede luogo a quella decisione, che forse nel concreto del caso potrebbe sostenersi. Occasione a questa giunta mi è data da due sentenze, l'una della corte di appello di Milano (1° dicembre 1869, *Monitore dei Tribunali*, 1870, pag. 307), l'altra della corte di cassazione di Torino del 9 marzo 1870 (Ivi, 1870, pag. 296).

Amendue codeste onorevoli decisioni ritengono nella rispettiva specie di fatto la scindibilità della confessione per ragioni differenti che noi osserviamo nel punto di vista teorico.

In quella di Milano si tratta di tale, che confessando di aver ricevute delle somministrazioni, aggiunge di averle soddisfatte. La corte di Milano considera che il fatto della vendita di merci e sovvenzioni pecuniarie è un fatto diverso dal pagamento o dalla restituzione: l'uno sta senza l'altro. Ciò basta per la corte d'appello a concluderne che sono fatti divisi; che il confitente deve dar la prova della liberazione.

Nella specie fornita alla corte suprema dalla sentenza denunciata, era che un tale ammise il ricevimento di certe mercanzie in debito, aggiungendo successivamente fatta una liquidazione per la quale esso confitente era risultato creditore.

Di fronte ad una risposta così arida, così sterile di circostanze atte a renderla verisimile ed a porger materia alle legittime contraddizioni della parte contraria, la corte di cassazione respingeva l'allegata inscindibilità. Versando ancora in quella sfera di morale apprezzamento, come ha fatto altre volte (1), che tanto attribuisce alla discrezione interpretativa, esige dal rispondente lealtà, franchezza, diligenza di esposizione, che si dimostra specialmente nel racconto di quei particolari di tempo e luogo che possono essere combattuti sul terreno del fatto concreto. La teoria morale della credibilità sembra trionfare in codeste decisioni, che trovando nelle tesi di fatto dati opportuni per concedere o respingere la indivisibilità, non sentirono forse il bisogno d'investigare un criterio superiore.

Aggiungerò ora qualche parola a studio teorico senza punto pretendere di smuovere idee che già sono nella mente di molti e distinti giuristi, e prevalsero in pratica.

Io non divido quasi principio e criterio assoluto di scindibilità, il fatto affermativo dal fatto negativo della obbligazione. Io li osservo nella loro unità complessa, e li riassumo nella formula sopraccennata: è vero che tu sei ob-

---

(1) La sempre diligente redazione del *Monitore dei Tribunali* (anno 1870, pag. 296 sopra indicato) indica altre decisioni in questo senso della cassazione di Torino, che stimo superfluo l'annoverare.

mente restituita, e desidero una quietanza. Voi che non avete alcuna prova del prestito, vi servite della mia lettera, accettate la prima parte, respingete la seconda perchè trattasi di un fatto diverso, *e tale che immuta nei suoi elementi complessi il primo fatto delle somministrazioni*. È possibile questo? (1).

Ma si dirà: vuolsi dunque *assoluto, sconfinato questo portato giuridico?* Niuno, io credo, lo pretende. Nelle mie note sull'articolo 218, meno sviluppate su questo punto, tentai di porre i limiti, togliendoli da alcuni tratti più salienti della dottrina ricevuta nel fôro.

Tre cause di limitazione o anco d'eliminazione mi sembrano formare l'aspetto negativo della teoria. Chiamerei *intrinseche* le due prime, *estrinseca* l'altra.

1° *Relazione logica e discorsiva* fra la proposta e la risposta.

Se interrogato, è egli vero che ti ho dato a mutuo 300 lire? rispondi: è vero, ma tu devi pagarmi altrettanta somma per titolo di legato, ovvero mi devi altrettanta somma come reliquato di un conto corrente che esiste fra noi, alleghi con ciò un fatto diverso dal soggetto che si propone; un fatto che non esclude il debito, e non ha colla richiesta un rapporto necessario; un fatto insomma che tu dovrai provare nella sua estensione e nella sua giuridica efficacia.

2° *Morale credibilità* dei fatti allegati nella risposta.

Fu in questa veduta la sentenza della cassazione di Torino del 9 marzo 1870, citata di sopra. È vero che la mia formola sarebbe alquanto più compendiosa, e se mi è lecito, alquanto diversa. In generale la confessione è inscindibile, questa è la legge; ma l'addietto può essere indebolito e mostrarsi disadatto per *inverosimiglianza*, più ancora se la risposta si riscontrasse subdola e artificiosa; essa cadrebbe, sarebbe inattendibile, perchè moralmente viziata. Le condizioni devono esser pari. Come si respinge un interrogatorio impertinente, inverosimile, strano, assurdo, così si respingerebbe la risposta, che dovrebbe ritemprarsi nella certezza della prova.

3° *Corrispondenza collo stato del processo.*

La indivisibilità della confessione inchiude il concetto che il confitente fa prova a se stesso dei fatti liberatorii che aggiunse alla confessione. Ma ciò non può essere che ad una condizione evidentissima, che gli atti della causa non forniscano prove o argomenti in contrario, o tali prove o argomenti non siano poi somministrati dall'altra parte.

§ 3.

Dell'esame dei testimoni.

Generalità. Sull'ammissione in genere della prova testimoniale a fronte di una convenzione scritta.

(Articoli 1341, 1346, 1347 del Codice civile).

Questa materia sempre difficile in pratica, domanda da noi qualche altra parola.

L'articolo 1341 riproduce esattamente l'articolo 1454 del Codice albertino. Nella sua superiorità gerarchica, la prova scritta respinge la testimoniale; purchè *qualche altra prova dello stesso genere*, comunque imperfetta, non venga ad offuscarne la chiarezza e promuovere il *dubbio legale*: dubbio legale che non potendosi sciogliere nè colla convenzione stessa, nè collo scritto opposto perchè semplicemente indiziario, non ha altro rimedio che la prova testimoniale. Perciò dichiara l'articolo 1347: « Le regole sopra stabilite soggiacciono ad

---

(1) Decise la corte suprema di Torino nel 21 luglio 1869, relatore Cassinone (*Monitore dei Tribunali*, 1869, num. 43), in tema forse più disperato. Un tribunale aveva dedotta la prova di un credito da una confessione giudiziale ma qualificata, rigettando la qualità e obbligando il confitente a provare. « La confessione di C., disse la corte, essendo « qualificata, cioè colla inscindibile condizione di « aver egli stesso consegnato anticipatamente il « danaro a S. per eseguire il pagamento, donde la « conseguenza che il pagamento fatto da S. altro « non fosse che la esecuzione di un mandato datogli da C., *non poteva esser divisa a pregiudizio « del medesimo* ». E cassò la sentenza.

grande principio stanziato nell'articolo 1317, *che crede al notaio sino alla impugnazione in falso*. È d'uopo adunque tirare una linea ben risentita e forte fra le azioni espresse nei due articoli 1317 e 1341.

Donde risulta, che il novello Codice, sopprimendo le enunciate parole, ha giudicato che non fosse necessario esprimere ciò che è elementare nel diritto probatorio.

L'associazione di una prova scritta qualunque, adiuvante la prova testimoniale, porgentesi quale condizione a questo esperimento, è un complesso che si erige quando trattasi di attaccare la convenzione (privata), impugnarne il contenuto, aggiungervi, variare, fare insomma quello che vieta fare l'articolo 1341. Ma nulla di questo è permesso in onta e violazione del deposito che l'atto pubblico custodisce come una verità civilmente inoppugnabile.

Contro l'atto pubblico non vi è prova che basti, se ne togli la confessione giudiziale, nondimeno possono chiedersi alla prova testimoniale soluzioni di quesiti che quantunque rasentino, a così dire, il suo contenuto, però non lo feriscono, nè vi portano offesa.

Ma è di gran momento il riflettere, che nei casi che veniamo a ricordare non *fa mestieri il sussidio di un principio di prova per iscritto*, come dicesi, appunto perchè non si prende di mira l'atto pubblico, nè si dirigono colpi per demolirlo.

Ecco alcune combinazioni che non si ripetono mai troppo.

a) Si ammette la prova testimoniale quando non si ha altro scopo che di schiarire le oscurità, le ambiguità, le incertezze dell'atto contrattuale (sentenza della cassazione di Torino, 16 maggio 1865, Rigoli contro Colomberti. Della stessa sedente in Milano, 2 aprile 1861, Orsetti-Buscaglione).

L'oscurità equivale alla inesistenza, l'incertezza al dubbio; se il rogito non somministra quella verità che si cerca, è pur necessario aggiungere al suo difetto.

b) La *verità* è quella che viene testificata dal notaio. Ciò che è fuori della sua testimonianza non è protetto dalla stessa presunzione *intibrantabile*. Quindi fu deciso, essere ammissibile la prova testimoniale a stabilire che una somma che il notaio attesta essere stata numerata e pagata alla sua presenza, fu ripresa dal pagatore (corte d'appello di Torino, 1° agosto 1864, Chesta contro Lacchesi).

Ma deve intendersi fuori della presenza del notaio, cioè terminata la lettura del rogito, se pure la somma non fosse stata levata dal banco e ritirata dal creditore, nel qual caso il fatto della restituzione si avrebbe come incognito al notaio, sebbene nella stessa stanza esercente le sue funzioni. Se si volesse provare che appena pagato manualmente il danaro, con un giuoco a vista di tutti, ritornò nelle mani del pagatore, potrebbe ostare il silenzio dell'atto notarile che non avrebbe più narrato una storia veridica, e potrebbe risentire l'accusa di falso, il che non è permesso con questo mezzo. In ciò vi è molta finezza e delicatezza, e dipende dalle più sottili circostanze.

c) È stato anche ritenuto che può ammettersi la prova testimoniale a dimostrare che *non fu pagata tutta la somma* che l'atto pubblico dichiara come pagata, qualvolta il notaio stesso non attesti avvenuto il pagamento di presenza sua (corte d'appello di Torino, 14 maggio 1864, Cordero contro Grimoaldi).

Secondo la tesi, io reputo questa una decisione molto pericolosa.

d) Può col mezzo testimoniale provarsi non *la obbligazione* (se eccede le L. 500), nè contro l'obbligazione, ma bensì la *causale*, che nell'atto è nascosta (corte d'appello di Torino, 5 settembre 1862, Febbraro contro Novarre).

e) Possono provarsi dei *fatti*, dei meri fatti, aventi bensì un rapporto occasionale con una convenzione scritta privata o pubblica, ma non punto compresi nella specie storica che ivi è tracciata, dai quali fatti sono poi desumibili obbligazioni distinte (corte di Genova, 11 febbraio 1862).

P aveva locato a *R* una caffetteria; la locazione era finita, e una sentenza passata in giudicato ordinò la espulsione del conduttore. Questi allegando una promessa di proroga, e sostenendo che tratto da tale lusinga aveva fatto grandi spese, chiedeva indennità. Fu accordata. Si oppose l'inviolabilità della convenzione scritta, ma la corte suprema disse che si trattava di provare dei fatti che in verità erano fuori della locazione e nati dopo di essa (cassazione, 14 maggio, 1866, *Monitore dei Tribunali*, detto anno, n° 14. Aggiungi altra decisione della cassazione, 31 luglio 1866, *La Legge*, n° 96, anno suddetto) (1).

(1) Questi tutti gli esempi surriportati mi sono stati largiti dalla diligente redazione del *Monitore dei Tribunali* (1866, num. 12).

t. 2, pag. 130 e 21 aprile 1830, *Journal Av.*, t. XLVI, pag. 164).

In contrario Bornier, *Conférences des ordonnances*; Rodier, all'art. 2, tit. 20, Ordon., 1667, Toullier, t. IX, n° 40 e seg., Boncenne, t. IV, pag. 225.

La sentenza del minor numero è la migliore in linea di principio, vi ha però dei confini che denno esser rispettati. Ho bisogno di spiegarmi. Il valore differenziale e graduale delle prove è stabilito *nell'interesse della fede pubblica*, se non si trattasse che dell'interesse particolare, se il buon accordo delle parti fosse arbitro del mezzo di prova, se insomma le parti potessero sceglierle a loro grado, potrebbero ancora, per esempio, fare per mezzo di scrittura privata una donazione, e verbalmente qualunque contratto in presenza di testimoni che poi ne deporrebbero in giudizio. Basta questo solo argomento. La legge parla in modo assoluto — *non è ammessa la prova testimoniale.* Se non che, una volta ammessa in giudizio la prova testimoniale, malgrado il divieto della legge, allora resta a vedersi se possa tuttavia oppugnarsi, o, in altri termini, se debba aver effetto, e dal giudice tenersi in conto come fosse legittima. Ciò non avverrà mai, nel nostro sistema, per la semplice acquiescenza delle parti, ma in forza di un altro principio, in *forza cioè della cosa giudicata* che *facit de albo nigrum*, e rende legittimo anche quello che non l'è. Una sentenza interlocutoria, che abbia il carattere di sentenza (ciò si vedrà a suo tempo), è decisiva del punto in questione: il giudice n'è vincolato. Se non si appella da quella che ammise la prova testimoniale, indarno si opporrebbe o che dessa non dovè eseguirsi, o che, eseguita, non deve attendersi l'esame; e se da essa non s'interpose appello, ma piuttosto dalla sentenza che decise il merito della prova, il giudice superiore dovrà riconoscerla e averla per ammessa. *Ma data la esistenza dell'appello, il processo testimoniale dovrà essere annullato insieme alla sentenza che l'ammise, nonostante l'acquiescenza delle parti.* E in cotali distinzioni procedono le più delle indicate contrarie autorità, chi volesse farne il saggio.

5. *La prova contraria è di diritto.*

a. Il carattere della prova *contraria* è la negazione dei fatti proposti dall'attore nel processo di esame. « Il ne faut pas, dice Boncenne, confondre la contre enquête où l'on administre la preuve contraire, *avec l'enquête* (nuovo esame) *également principale*, qui tend à établir des faits différents, et non pas simplement à contredire les assertions du demandeur ». Del resto un nuovo esame principale potrà anche aver luogo, non *però sul medesimo soggetto, e neppure sur un soggetto che vi abbia relazione e potesse* trattarsi in simultaneo processo; ma dove sorga altra questione sopra altri fatti, che ne faccia sentire al giudice la opportunità e la convenienza. Se espletato l'esame sul fatto principale della causa nasca di poi collaterale questione sopra innovazioni fatte dall'avversario pendente la lite e occorra un nuovo esame, è manifesto che questa non sarà *prova contraria.*

b. Il capoverso di questo articolo 229 sembra contenere una distrettiva: contempla in genere la prova contraria, e dice esser di diritto; accenna con l'avversativo *ma* ai *fatti nuovi*, e aggiunge che, trattandosi di tali, vi ha un *termine di giorni quindici.* Non se ne rileva a primo tratto il chiaro intendimento. Dalla relazione del ministro Pisanelli si deduce, ciò che del resto la giurisprudenza insegna, che la prova contraria può esercitarsi o *sopra gli stessi fatti* articolati dall'attore, producendo, per esempio, testimoni che tendano ad escluderne la esistenza, ovvero *sopra fatti nuovi* (correlativi però e sullo stesso soggetto di esame), e anche per sostenere una riconvenzionale già proposta, allo scopo di mettere altri fatti in opposizione ai primi e renderli inetti alla prova. Ecco adunque due posizioni diverse: nel primo caso basta produr testimoni, nel secondo bisogna fornire nuovi articoli, formolare nuova materia di esame. Ora badate bene alla intenzione della legge. Se voi *deducete dei fatti nuovi*, fate al processo d'esame una vera ampliazione, e costringete l'avversario a pensare al nuovo attacco che gli portate e a difendersi. È necessario adunque un termine definito perchè si sappia qual è il vostro sistema e il processo possa stabilirsi. Il qual termine è assegnato piuttosto nell'interesse dell'avversario che nel vostro. La Relazione Pisanelli ha detto (richiamando, io credo, le discussioni preparatorie): « Sembrò « inopportuno costringere la parte che vuole « contraddedurre a ciò fare *nel termine stabilito a rispondere*, quando essa contrasti l'ammissibilità della prova testimoniale. È prematura la deduzione della prova contraria « quando non è ancor certo che debba seguire « la prova principalmente dedotta, e quali « siano i fatti che ne formeranno oggetto ». E va benissimo, indi soggiunge: « I termini per « rispondere ad una cedola, qualunque sia « l'istanza o il mezzo di difesa in essa proposto, non sono mai perentorî: è soltanto « allorchè l'iscrizione a ruolo sia rimasta ferma

che viene preclusa la via ad un nuovo atto d'istruzione scritta. Ma se havvi circostanza in cui tutto si debba calcolare prima di stabilire un termine perentorio, è appunto quella che concerne la deduzione della prova contraria. Il procuratore può egli stesso, senza il concorso personale del cliente, apprezzare il valore giuridico del mezzo fatto valere dall'avversario per l'ammissibilità o non della prova testimoniale da questo proposta. *Ma quando si tratta di opporre prova a prova, fatti a fatti, testimoni a testimoni, la cosa cambia d'aspetto.* Non solo il procuratore deve rivolgersi al cliente per conoscere se questi sia in grado di tentare la prova contraria, ma il cliente stesso abbisogna di tempo per fare le indagini opportune, per non tentare una prova che non potesse poi somministrare. Occorre pertanto di non precipitare in tale materia, poichè allo scopo di una mal intesa celerità verrebbe spesso sacrificato il diritto di una delle parti. — Però senza distinguere *fra il caso in cui siasi fatta opposizione alla prova principalmente dedotta e quello in cui non siasi fatta opposizione*, il progetto, nel riconoscere che la prova contraria è di diritto, stabilisce che, ove per esso si vogliano *dedurre nuovi fatti*, questi dovranno essere articolati nel termine di quindici giorni dal provvedimento o dalla notificazione della sentenza che ha ammessa la prova per testimoni, non è tuttavia vietato di produrli anche prima ».

La citazione mi è riescita un poco lunga, ma sarò scusato da ciò che io, con tutta la riverenza all'insigne autore del progetto che ora è legge in questo punto, debbo alquanto scostarmi dalla sua idea, ed era dovere che io non dissimulassi i motivi della Relazione per chi non volesse dividere l'avviso mio. Il testo inchiude una limitazione. E io ragiono così. *La prova contraria è di diritto* significa che non dipende da sentenza, ma *juris ministerio* si può assumere da chi ha interesse e per diritto proprio. Come tale, la prova contraria non è costretta da vincoli e termini inopportuni, e si esercita finchè è possibile esercitarsi, finchè lo stato del processo lo permette. E sin quando lo permette? Sino a quello stadio che si determina negli articoli 233, 234. *Ma la prova contraria è di due specie*, si è già detto di sopra, la prova si esercita *sopra gli stessi fatti* o *sopra fatti nuovi*. Nel primo caso si può sempre far valere i propri testimoni, intendo sino al punto sopra dichiarato. Nel secondo non è così i *fatti nuovi* devono proporsi nei quindici giorni. La ragione della differenza l'ho accennata superiormente. A quella ragione aggiungo quest'altra, non meno decisiva, che il giudice non può ammettere il contro esame se non conosce la materia nuova prima di giudicare. — Per tutto ciò io rilevo nella disposizione del capoverso dell'art. 225 non una ampliazione, ma una limitazione.

Articolo 230.

L'ordinanza o la sentenza che ammette la prova testimoniale deve contenere:

1° I fatti da provarsi;

2° La delegazione di un giudice per fare l'esame dei testimoni, se non sia ordinato che l'esame segua all'udienza.

Annotazioni.

Certamente sarebbe nulla la ordinanza o sentenza che non contenesse i *fatti da provarsi*, poichè mancherebbe allo scopo (Pigeau, Dalloz, Thomine, e in generale tutti). Ma come non raramente accade, i fatti sono o incompletamente enunciati, o in parte trascurati, e allora si presentano due ricerche 1° *Non vi sarà alcun mezzo nella procedura per far correggere la sentenza senz'appellare o ricorrere per nullità?* È stato in simili casi ritenuto che si potrà con opportuna istanza chiedere alla stessa autorità un'altra pronunciazione che raccomodi e dichiari ciò che fu per avventura negletto e semprechè, intendiamoci, sia effetto d'inavvertenza e di errore (De Langlade, t. II, p. 315, n° 5, Carré, ed ivi Chauveau, quest. 978, V. art. 473); 2° *Se nel giudizio di merito sarà lecito tener conto eziandio di fatti risultanti dall'esame, ma non contenuti nella sentenza.* Benchè questa seconda questione sembri piuttosto da riferirsi al giudizio estimativo dell'esame, nondimeno influisce sulla importanza che si deve attribuire al testo presente. Vedremo all'articolo 223 che il giudice può chiedere spiegazioni a meglio chiarire la verità, ma i *fatti* sui quali deve versare l'esame non possono essere sostanzialmente mutati da quelli che la sentenza ha specificati riportando, come suol farsi, la materia articolata. Una splendida consultazione del Carré, inserita nella sua questione 980, lo dimostra.

Articolo 231.

L'autorità giudiziaria, il presidente o il giudice delegato, riconoscendone la necessità, può ordinare che l'esame dei testimoni segua sul luogo a cui si riferiscono le deposizioni.

Annotazioni.

Così l'esame, secondo le circostanze, dovrà seguire o *alla pubblica udienza, o nel gabinetto del giudice delegato, o nel luogo a cui si riferiscono le deposizioni.* Si tratta di conti di amministrazione, di conti sociali? Nel luogo ove la società ha sede, ove l'amministrazione ebbe il suo centro, o dove accaddero le lamentate dilapidazioni. Ivi gli indizi sorgono, per così dire, a mescolarsi colle testimonianze, a rafforzarle di nuovi appoggi, e da ogni parte il giudice può ispirarsi per cogliere e raccogliere la verità.

Articolo 232.

Il termine per far gli esami è di giorni trenta, salvo che per ragioni speciali sia stabilito un altro termine.

Il termine decorre rispettivamente dalla scadenza di quello stabilito per far opposizione od appellare, e, quando siavi stato giudizio di opposizione o d'appello, dalla notificazione della sentenza proferita in questo giudizio.

Quando debba procedersi all'esame per consenso delle parti, o in virtù di sentenza esecutiva non ostante appello od opposizione, o se la parte soccombente dichiari di non voler appellare, il termine decorre dal giorno della notificazione dell'ordinanza o della sentenza che ammise gli esami, o dal giorno della dichiarazione anzidetta.

Annotazioni

1. Il termine ordinario per l'esame è di trenta giorni, *può esser maggiore se per circostanze speciali* così sia dichiarato nella ordinanza o sentenza che ammette la prova testimoniale. *Ma può esser minore?* Ecco la prima indagine che si presenta intorno a questo interessante articolo, ma essa è subito risolta da ciò che poi viene a dirsi nell'art. 235, e non saranno pochi i casi in cui si crederà conveniente accelerare l'esame. È noto che il termine ordinario nella procedura francese è di otto giorni (articolo 278).

2. *Da qual momento comincia a decorrere il termine ordinario?* Si appella *da una sentenza contraddittoria, si fa opposizione ad una sentenza contumaciale.* La sentenza che ammette la prova testimoniale può essere stata proferita in contumacia. Dalla notificazione della ordinanza o sentenza d'ammissione parte un primo termine a cui appartiene logicamente la priorità. Ma da quel giorno comincia a decorrere il termine degli esami, quanto a dire rimane il solo termine osservabile, *se la ordinanza nacque di consenso* (articoli 181, 206), se si è rinunciato all'appello (dovendo però escludersi il tempo anteriore alla rinunzia); se la ordinanza è munita della clausola di esecuzione (articolo 182) facoltà che a maggior ragione è nel tribunale che proferisce sentenza (vedi il commento all'articolo 216). Questa disposizione per le provincie settentrionali italiane non è una novità essa ripete l'articolo 297 del Codice sardo del 1859, con due sole variazioni che giova avvertire, *a)* il termine di quaranta giorni è ridotto a trenta, *b)* è stabilito che rinunciandosi all'appello, il *termine decorre dalla dichiarazione*, come si disse, mentre prima c'era questa epicheia, *se questa fu fatta posteriormente alla notificazione della sentenza.* Pertanto la dichiarazione di non appello non aveva effetto che dopo la notifica, quasichè si volesse abbondare di cautele a favore della parte che, non ponderata ancora la sentenza, poteva pigliare illusione. Ora la dichiarazione *si ammette anche prima.* Era proprio un vano scrupolo e una perdita di tempo e di spesa, dovendosi ritenere che chi rinunziava all'appello avesse già prese le opportune cognizioni. Il Codice di procedura civile delle Due Sicilie viveva nell'idea francese, e nell'articolo 373 era scritto *dovranno compirsi i rispettivi esami fra il termine di*

otto giorni da quello in cui saranno esaminati i primi testimoni. Le molteplici controversie che si dibattono in Francia sul tempo in cui devono cominciare e terminare gli esami, non erano straniere a quella legislazione.

3. Anticipando un momento sull'articolo 251 per dare uno sguardo all'insieme osservo che, riunendo le determinazioni presenti coll'istituto *dell'esame a futura memoria* si viene a soddisfare qualunque esigenza della prova testimoniale. Con tutte le previdenze di questo articolo, resterebbe pure a desiderarsi qualche cosa qualora non si potesse con una interpellazione immediata, urgente, dei testimoni, mettere in salvo la prova che ogni menomo indugio può far perire, esistendo ostacoli legali all'esame regolare e comune, vuoto che si lamenta e di cui si sentono gli inconvenienti in Francia ove l'esame *ad futuram* fu da lunghissimo tempo abolito. Avanti il tribunale di Soissons pendeva una lite che restò sospesa per interposizione d'appello. La parte cui premeva far esaminare un testimonio interessantissimo che stava per imprendere un lungo viaggio, domandò a quel tribunale in giudizio *principale e distinto* che fosse esaminato il testimonio *a semplice conservazione della prova*: non aveva a fianco la legge, ma aveva in testa il buon senso e la ragione, e il tribunale sentì codeste leggi essere più forti di quelle dell'uomo, considerò *que la simple raison naturelle veut qu'on prenne les précautions nécessaires pour empêcher la preuve de périr* (sentenza 25 gennaio 1827, Chauveau). Casi somiglianti possono ripetersi, e noi portiamo a complemento della nostra saggia legislazione l'articolo 251.

4. Il termine di *trenta giorni è legale*, se la ordinanza o sentenza non lo prefiggesse, nessun male si riterrebbe sottinteso. Così la durata come la decorrenza, è fissata dalla legge che tolse via arbitrii e questioni solite ad elevarsi. Non più *dall'esame del primo testimonio esso decorre*, bensì da punti bene determinati in questo articolo. L'esame può cominciarsi in qualunque momento del termine, purchè in esso si compia.

6. *È forse interrotto il termine dei trenta giorni se avvenga la morte o il cangiamento di stato di una delle parti, o la cessazione della sua rappresentanza?* Ciò è in relazione alle disposizioni degli articoli 332 e seg., e fu già ritenuto dalla cassazione nel 28 dicembre 1823 (Bettini, 1857, I, I, pag. 27). Deve la regola necessariamente estendersi per morte, cessazione dall'esercizio sospensione o interdizione di uno dei procuratori costituiti, mancando con essi uno degli elementi integrali del processo di esame.

Nello svolgersi della giurisprudenza si sono rinvigorite alcune difficoltà che in germe esistevano in disposizioni non abbastanza perspicue, e richiamano la nostra attenzione. Esposi nella seconda edizione in proposito alcune idee che conservo; e per ciò che più specialmente riguarda il procedere testimoniale avanti i pretori, riservo altre osservazioni all'articolo 447.

I.

Sul modo di notificazione della ordinanza o sentenza, allo scopo di far decorrere il termine legale o giudiziale entro il quale devono compiersi gli esami.

Il termine dichiarato nell'articolo 232 è sempre messo in attività da una pronuncia di giudice, e decorre dalla notificazione della *sentenza* o della *ordinanza*.

La *ordinanza* emana dal giudice singolare, sia questo il *presidente* o il *giudice delegato*, o il *pretore*.

Vi è ordinanza di *presidente* se egli stesso ammette l'esame (articolo 181), o destinando un giorno in cui dovrà seguire all'udienza (articolo 231), o delegando un giudice, fissa il termine, e non altrimenti fissato, s'intenderebbe il termine legale dei trenta giorni. Ordinario il giudice delegato dichiara il termine che dalla notificazione della sua ordinanza decorre. Così suol fare il pretore.

Ma in luogo di *ordinanza* può esservi *sentenza*. Vi è stata questione sull'incidente di prova testimoniale, pronuncia il collegio e nasce una *sentenza*. Si appella: tutto rimane sospeso: la prima sentenza è confermata o revocata se negativa dell'esame, e dalla notificazione di questa seconda *sentenza* (la sola decisiva) decorre il *termine legale* se non ne stabilisce alcuno, o il *termine giudiziale* se lo stabilisce diverso dal legale, salvo nel primo caso al giudice delegato o al pretore di prefiggere altro termine conveniente, del che vengo a discorrere un po' più avanti.

Notificazione è il modo legale onde si trasmette ad una parte la cognizione di un atto produttore di effetti giuridici, ordinariamente a carico suo. In generale la notificazione è opera dell'ufficiale esecutore che chiamano *usciere*: in alcuni casi determinati dalla legge,

per ragioni che possono facilmente intendersi, la *pubblicazione* è un modo della *notificazione*.

L'articolo 232, assoluto com'è, ha fatto sorgere una difficoltà. Il tempo decorre *dalla notificazione*, ivi si dice: e non può negarsi che nel suo tecnico significato, e diremo anche naturale per l'uso continuo che ne facciamo, il vocabolo esprima per se stesso l'operazione intermediaria dell'usciere. Non solamente in tutta la serie degli articoli che compongono il capo I del titolo III la *notificazione* è accettata in questo senso, ma vi ha di più, che dove alla *notificazione* venne surrogata la *pubblicazione* (art. 367 e 437), sembra aversi cura di non confondere queste due maniere di scienza acquistata, facendo comparire la seconda come un equipollente speciale che non ha luogo, come sopra si diceva, che in casi determinati.

Perciò non manca di buon fondamento la opinione che l'art. 232, che viene ripetendo, si direbbe con proposito fermo, l'obbligo della *notificazione* senza restrizione in verun caso, richiegga proprio che la ordinanza non potendo parlare che di questa, comechè pronunziata *presenti i procuratori*, debba essere notificata all'effetto di far decorrer il termine. E se ne troverebbe la ragione nella gravità di un processo testimoniale, nella perentorietà del termine, nel vantaggio di una notificazione che lo prolunga, e nella convenienza di avere un dato legale, e sempre presente che nel difetto di memoria si possa consultare.

La corte d'appello di Perugia venne in questo concetto nella sua sentenza del 18 ottobre 1866, in causa Polverini e Mucci, benchè per motivi più deboli di quelli che io fin qui ho espressi.

Malgrado ciò, tengo preferibile la massima opposta, proclamata dalla corte di Brescia nella sua decisione del 10 maggio 1867 (*Monitore*, anno 1867, pag. 472).

Siamo in termini di diritto positivo, e tutto ciò che si volesse dedurre dallo spirito della disposizione cadrebbe se veramente la disposizione fosse diversa. Si ammette che la *notificazione* prescritta dall'articolo 232 è precisamente quella che si fa mediante l'usciere. Questo però suppone che sia il caso di applicare la regola generale che trova poi la sua limitazione nell'articolo 367, nel quale si contiene intero il sistema sulla notificazione delle *sentenze* e delle *ordinanze*. L'ordinanza è notificata ai procuratori *che non siano stati presenti alla pronunciazione di essa*. Perchè mai dovrebbe seguirsi un'altra norma se il procuratore fu presente *alla pronunciazione* della ordinanza che ammette gli esami? È una regola speciale, si risponde, quella dell'art. 232. Al contrario essa è la regola generale, come ho detto or ora, e suppone che il procuratore *non sia stato presente*. Eccezionale sarebbe la disposizione quando fosse stabilito, come nell'articolo 225, *che la ordinanza è notificata personalmente alla parte*. La notificazione esiste nella pubblicazione, forma equivalente in questo caso alla notificazione di usciere e non meno legale, e non è che l'applicazione pura e semplice del sistema stanziato nell'articolo 367.

Avvertasi però che la presenza del procuratore alla pronunzia dev'essere constatata dal processo verbale di udienza.

II.

Se il termine stabilito dall'art. 232 sia fatale, e se lo sia in ogni caso.

In principio il termine dei trenta giorni ivi stabilito *per far gli esami* dovevasi ritenere perentorio e fatale, disse la corte suprema di Torino con sentenza del 21 dicembre 1866 (*Monitore*, 1867, pag. 41), eccettochè non sia stata accordata una proroga nei modi legali. La perentorietà del termine è fondata nella evidenza dell'articolo 246, ove si dichiarano *nulle le deposizioni ricevute dopo la scadenza del termine stabilito o prorogato.*

In realtà il termine legale dei trenta giorni soggiace a due limitazioni: 1° che *per ragioni speciali non ne sia stabilito un altro* (art. 232 suddetto), 2° che non siasi accordata una proroga colla osservanza dell'articolo 246.

È accaduto più d'una volta che il giudice delegato, dovendo rispondere alla istanza per destinare il giorno dell'apertura degli esami, e fors'anche perchè l'istanza è presentata dopo un certo decorso di tempo benchè dentro i trenta giorni, prefigga all'esame un tempo che oltrepassa questo termine legale. Allora nasce questione d'irreparabile tardività. Alcuni magistrati[1] ritennero la massima che il termine da seguirsi per misurare la temporaneità degli esami sia quello che viene stabilito dal giudice delegato colla ordinanza prescritta dall'articolo 233.

(1) Corte d'appello di Palermo, 10 agosto 1866, tribunale di Milano, 31 dicembre detto anno (*Monitore*, 1867, pag. 225).

E la decisione mi sembra giusta. È così vago e indeterminato nel suo primo periodo l'articolo 232, è così largo di facoltà al magistrato, è così naturale che siffatti termini siano distribuiti secondo le esigenze del servigio, è così onesto che non si abbia la pretesa di soffocare il giudice sotto il peso di molte operazioni di questo genere, che per essere esaurite domandano una certa comodità di tempo! In questo tramite facoltativo difficilmente si troverebbe un appoggio per la nullità. È proprio al momento di stabilire *il giorno in cui i testimoni devono comparire*, che il giudice consulta lo stato dei suoi affari, l'importanza degli esami, il tempo che dovrà spendersi in ognuno di essi, e delibera allungando, se occorra, il termine legale. Certo non è arbitrio cieco, e *ragioni speciali* si ricercano, ma ragioni sufficienti sono anche quelle del servigio, e la legge, affidando tale interna disciplina al buon volere del magistrato, non gli ha imposto di dichiarar le ragioni speciali, si presume che ne abbia avute.

È questa una determinazione del giudice autorizzata dalla legge (articolo 232), dalla legge che mostra di avere in odio quei prolungamenti indefiniti dei processi testimoniali che in altri tempi e con altre procedure erano lamentati e frequenti. È uno spirito d'ordine rispettabilissimo, ma io veggo con piacere che i magistrati giudicanti comprendono ch'esso è conciliabile collo spirito di giustizia, che il tempo deve economizzarsi, non avaramente negarsi, e vanno quindi assai cauti nello stringer dei termini.

La corte suprema di Torino non ci ha avviati ad una diversa giurisprudenza. Custode delle leggi, ne mantiene il rigore, ma non lo accresce. S'essa insegnò che il termine dell'articolo 232 è fatale, non escluse veruno degli elementi legittimi che lo compongono, e il punto sta qui, non nella *fatalità* del termine. L'elemento *dativo* si compenetra col legale: è quello il termine di cui parla in un solo complesso l'art. 232 nel primo periodo. Bisogna guardarsi dal confonder quello che si stabilisce per autorità di tribunale o di giudice oltre i trenta giorni, col termine prorogato. In realtà abbiamo tre categorie di termini: quello puro e semplice dei trenta giorni, quello che viene stabilito dal magistrato, e può esser minore o maggiore, quello che vi si aggiunge in virtù della proroga, che quantunque mantenga sempre carattere continuativo prorogandosi il termine ancora in vita, proviene in realtà da una determinazione distinta.

Non potendosi accordare che una proroga sola, è interessante sapere se il giudice abbia o no esaurita la sua podestà. Ma proroga non può riferirsi se non a quel termine che il giudice accorda in corso d'esame, dovendo preesistere il termine fondamentale.

Ci eravamo presso a poco intesi su questi principii (mi esprimo così perchè si disputa sempre, si disputa ogni giorno su cose poco disputabili, e nessuna decisione o teoria può ridurre al silenzio quello che si direbbe pettegolezzo forense), ma oggetto meritevole di considerazione restava il processo pretoriale, che staccato da quest'ordine elevato, commiserato ad affari di minor importanza, e quasi solitario, era stato rannodato al processo formale con certi tenui fili facili a rompersi. Ma è certo che il rigorismo del tempo, il fatale, come dicesi, il perentorio, le decadenze e simili crudeltà della procedura più si sentono qui che altrove, per la più diretta ingerenza che ha il giudice nella formazione del processo, per la minore autonomia difensiva delle parti, per quel certo che di paternale e di famigliare, che sembra il carattere di tali giudizi. Ma ho già detto di riservarmi questo argomento all'articolo 447.

Articolo 233.

Sull'istanza verbale o scritta della parte che vuole far eseguire l'esame, o di un suo mandatario, il giudice stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui i testimoni devono comparire.

L'ordinanza è notificata al procuratore dell'altra parte almeno giorni dieci prima di quello stabilito per l'esame, sotto pena di nullità.

L'esame dei testimoni può farsi ad intervalli, purchè nel termine stabilito.

Annotazioni.

1. Rammento che la notificazione al procuratore è di tutta necessità, non suffragherebbe fatta alla parte (cassazione, 11 febbraio 1857), *Sierpone utrinque*.

2. La legge comincia ad esprimere la sua volontà intorno alla natura delle trasgressioni o delle omissioni che si verificano nel corso del processo. La clausola a *pena di nullità* è qui apposta e torneremo a vederla più di una volta. Punti salienti della procedura ove la legge spiega il suo maggiore interesse.

Articolo 234.

I procuratori devono notificarsi reciprocamente giorni cinque prima di quello dell'esame dei testimoni, l'indicazione del nome e cognome, della condizione e residenza dei medesimi, sotto pena di nullità.

La nullità non ha luogo quando l'omissione o l'inesattezza di alcuna delle indicazioni suddette non sia tale da produrre incertezza assoluta intorno alle persone dei testimoni.

Annotazioni.

1. *Come si misurano i cinque giorni* (il che può dirsi dei dieci dell'articolo precedente) *devono essere interi?* Troverete tutti i proceduristi francesi nel sistema del *trois jours francs* tre sono assegnati dall'articolo 261, ma col loro articolo 1033 è facile venire a tal conclusione. Noi coll'articolo 43 escluderemo il giorno della notificazione.

2. La *nullità assoluta* colpisce il difetto del termine *minore dei cinque giorni*, il difetto intorno alle caratteristiche personali dei testimoni importa semplicemente *nullità relativa*. Osservo che vuole esprimersi eziandio *la condizione*, addietto che non è più comune agli atti di citazione, di fatti la cognizione della condizione di un testimonio non è senza interesse. « Mais la loi (porterò un brano del « Carré a mostrare su questo punto l'uniformità della dottrina francese) à cet égard « n'est pas tellement exigeante, que la plus « légère erreur dans la designation doive en« traîner une nullité, tout ce qu'elle veut c'est « que le témoin soit assez clairement designé « pour que la partie ne puisse s'y tromper. « Ainsi peu importerait pourvu que l'identité « de la personne fût bien reconnue, l'erreur « sur un prénom ou son omission, l'attribu« tion de la qualité de propriétaire quand le « témoin a une profession distincte, etc. »

4. Il capoverso dell'articolo agglomera *omissione* e *inesattezza*, ma ciò che non appare in verun modo, o che appare in modo imperfetto e in una specie d'oscurità che può tuttavia rischiararsi, molto diversifica. L'*incertezza* nel nome o nel cognome può esser tolta con una rettificazione della parte, con una comparsa spontanea del testimonio che identifichi se stesso. Ma *omissione del nome, omissione del cognome*, è forse tollerabile, non importerebbe nullità dell'atto? La legge di procedura, per quanto arrendevole nella forma, non può permettere che i giudizi s'intestino a persone non enunciate con quei segni convenzionali che ne distinguono la individualità fra i loro simili. Si caricherebbero di confusione le pagine dei processi, se ne farebbe sentire lontano lo sconcio nelle cose giudicate e negli effetti che sono destinate a produrre. Ho fatto delle osservazioni analoghe esponendo l'articolo 145, e siamo, teoricamente parlando, sul medesimo tema. In breve, delle *quattro qualificazioni* poste innanzi dall'articolo 234, due, *nome* e *cognome*, sono a considerarsi essenziali, e la *omissione totale* porterebbe nullità. Non così quanto alle altre due che possono dirsi più veramente *qualità* che meglio distinguendo una persona, non sono però che secondarie o accidentali (Carré, quest. 1025).

Vicino al male il rimedio, tali nullità sono facilmente sanabili. Se il testimonio comparisce e dichiara il suo vero nome e cognome, se la sua persona è identificata, corretto l'errore non resta traccia, specialmente se la nullità non sia stata opposta dai contrari.

4. *Se per simile nullità sia viziato l'intero processo testimoniale*, oppure unico *effetto* sia *di far decadere dal diritto di esaminare quel testimonio o quei testimoni così male nominati?* Quest'ultimo è il vero. È anche la dottrina dell'Hautefeuille e del Carré. « Si cette « infraction ne concernait qu'un témoin dont « on n'aurait pas notifié les noms, profession « et demeure, la nullité ne frapperait *que sur* « *la déposition* de cet témoin, et les autres dé« positions n'en seraient pas moins valables ».

Articolo 235.

Quando, a norma dell'articolo 232, sia assegnato per gli esami un termine minore dell'ordinario, si stabilisce nell'ordinanza, o nella sentenza, un termine

più breve, entro il quale devono farsi le notificazioni richieste dai due articoli precedenti.

Annotazioni.

Il termine dei cinque giorni può dunque accorciarsi, non mai prorogarsi.

Articolo 236.

Non possono essere sentiti come testimoni i parenti e gli affini in linea retta di una delle parti, o il coniuge, ancorchè separato, salvo nelle questioni di stato o di separazione personale tra coniugi; e quando siano sentiti non si ha riguardo alla loro deposizione

I minori d'anni quattordici possono essere sentiti senza giuramento, e per semplice schiarimento

Annotazioni.

1. L'articolo dichiara nella prima parte quali sono le persone che non *possono esser sentite come testimoni* « Non occorrono argomenti per dimostrare la convenienza di « un tale divieto », dice la relazione del ministro Pisanelli, e ha perfettamente ragione Prosegue « Ma a tali incapacità sono ammesse due eccezioni *la prima riguarda le « cause in cui si tratti di accertare lo stato « delle persone, la seconda riguarda le cause « di separazione fra i coniugi.* Siccome i fatti « concernenti simili questioni soglion esser di « prova difficilissima, accadendo i medesimi « per lo più nelle pareti domestiche, e la loro « notizia restando per lo più limitata alla sfera « delle relazioni di famiglia, il legislatore deve « mostrarsi meno rigido nell'ammettere i pros« simi congiunti a deporre come testimoni, « vuolsi applicare il principio generale, se« condo cui nelle cose *difficilioris probationis* « deve la legge agevolare le prove, affinchè « non riesca generalmente impossibile l'accer« tamento del diritto ».

Precedenti storici. — La dottrina qui esposta è da lungo tempo accettata nella giurisprudenza. Basterà rammentare fra i pratici che ci conservarono le consuetudini del nostro fòro italiano più celebrato, Vivius, *Comment*, opin. 953 e seg., Concioli, *Resol. crim.*, v° *Testis quoad personas*, risol. 2 e seguenti, Gomez, *Variarum resolut* t. III, cap 12 *de probat delic* E nel diritto canonico i seguenti testi cap *videtur* III, *qui matrimonium etc*, cap. XLVII, *de testibus*, cap. *de parentela* VIII, causa 35, quest. 6, ed ivi Barbosa, Mascardus, ecc Non si possono escludere i parenti strettissimi, i *testimoni domestici* in affari della natura di quelli di cui parla il progetto Pisanelli, se non ci vogliamo condannare ad ignorarli. Le legislazioni moderne si mostrarono più rigorose. La celebre Ordinanza del 1667, nell'articolo 11, t. XXII, vietava di sentir testimonii congiunti fra le parti non solo in linea retta, ma altresì fra certe linee collaterali. Il Codice di procedura civile francese nell'articolo 268 esclude il testimonio parente o affine in linea retta delle due parti, e coniuge, eziandio divorziato. Ma un articolo si trovava il 251 nel Codice civile che portava una eccezione nelle cause di divorzio. La dottrina l'aveva estesa alle cause di separazione di corpo. Un'altra eccezione porgevasi nell'articolo 46 dello stesso Codice in caso di smarrimento dei registri di nascita. L'art 309 del Codice di procedura civile del 1859 procedeva negli stessi termini del presente, ma con questa notevolissima limitazione, *salvo che nelle questioni di stato, e per quel riguardo che di ragione, a seconda delle circostanze.*

2. Noi non troviamo una simile limitazione nè nel Codice di procedura, nè nel Codice civile. Bisogna dunque concluderne che il progetto ha sofferto grave variazione. Si è fatto bene o male? In parte bene e in parte male, al veder mio. In cert'ordine di rapporti personali il far testimonianza non dev'essere imposto come un dovere, ma non deve subirsene la privazione deve considerarsi una facoltà. Nel primo caso si farebbe violenza alla natura non può obbligarsi il figlio a deporre contro il padre meglio è ignorare una verità di fatto che impadronirsene con tali mezzi. Ma se lasciati in libertà, quei congiunti si prestassero a deporre dei fatti ch'essi solo conoscono, perchè si dovrebbero rifiutare i lumi che ne potremmo raccogliere?

Articolo 237.

Le parti sono sempre in diritto di proporre i motivi che possono rendere sospetta la deposizione del testimone: questi motivi devono essere dedotti a prova in modo specifico.

Quando i motivi di sospetto non siano fondati sopra uno scritto, l'autorità giudiziaria non può ammetterne la prova per mezzo di testimoni, se non concorrano circostanze gravi, precise e concordanti.

Se il motivo di sospetto sia proposto prima che sia compiuto l'esame del testimone cui si riferisce, il giudice può chiedere al medesimo gli opportuni schiarimenti.

In ogni caso il testimone allegato a sospetto deve essere esaminato, salvo all'autorità giudiziaria di apprezzare, come di ragione, la deposizione di lui.

Annotazioni

1. Ora viene a dichiararsi il diritto di *allegar sospetti* i testimoni.

Noteremo una importantissima novità introdotta dal nuovo Codice.

I nostri Codici di procedura, nessuno eccettuato, fecero gara di diligenza per descrivere il più minutamente possibile le cause di sospetto. Evidentemente esse distinguevansi in due categorie: l'una riguardante una specie *d'incapacità* che toglieva, generalmente parlando, la fede al testimonio, incapacità che percuoteva principalmente i condannati per titoli infamanti (art. 311 del Codice di procedura civile del 1859, n° 7); l'altra era fondata soltanto *nel pericolo* di mancare alla verità, non essendo l'animo perfettamente libero da interesse o da affetto in un senso qualunque.

Alle cause determinate e contate, specie di tariffa che la legge aveva immaginata credendo di possedere il segreto di tutti i mali umori e di tutte le passioni dei testimoni, si è con alta saviezza sostituita una facoltà generica di *esporre i motivi che possono render sospetta la deposizione dei testimoni*.

Ed ecco le ragioni che mossero il legislatore. Ho la soddisfazione di poterle dedurre dalla relazione del ministro Pisanelli il cui progetto fu in questa parte pienamente realizzato.

Quanto alla incapacità. Il fare testimonianza della verità, più che un diritto, è un dovere. La testimonianza si presta a favore di quelli che hanno bisogno di mettere alla luce dei fatti che non si possono con altri mezzi provare, e non possono mica scegliere i testimoni che vogliono. Voi proclamando come un trionfo del diritto la incapacità del condannato, lo esonerate da un obbligo morale ch'egli ha non meno di ogni altro uomo, e ne fate in effetto al cittadino innocente portare la pena.

Sono idee giuste, nondimeno qui non sta propriamente la importanza della riforma. È una disgrazia per chi deve servirsi di un testimonio l'averne uno di tale qualità, ma non si potrà mai, nè si dovrà mettere al paro nella fede che ispirano, un reduce dalla galera e un immacolato galantuomo. Non vi è incapacità di diritto nel testimonio, ma bensì un assai minore attitudine morale a persuadere: e così dev essere. La nuova legge non ha la pretesa, nè volendo, avrebbe il potere, di restituire a siffatta gente una fede che loro nega la pubblica opinione. D'altronde neppure la legge passata ne dichiarava la incapacità, ma ne faceva soltanto un *motivo legale di sospetto*. Ora la stessa facoltà è compresa nella disposizione generica dell'articolo.

L'importanza vera della riforma sta nell'avere lasciato un più largo esercizio di libertà alle parti, e una più estesa podestà di apprezzamento nei giudici. La prova legale, in materia di pura convinzione morale, continua ad essere un controsenso anche nei giudizi civili: deve sparire. Ecco una nuova vittoria della libertà consacrata da questa legge. « Il progetto (dice la Relazione) respingendo assolutamente un tale sistema (quello della prova legale), *non stabilisce cosa alcuna di suspicione legale contro i testimoni*, ma si limita a riconoscere nelle parti il diritto di proporre in modo specifico i motivi che posson render sospetta la deposizione di un testimonio, affinchè il magistrato ne tenga quel conto che crederà di ragione ». E quel vespaio di dottrine che riempiono i libri sui *motivi di sospetto*, sulla loro quantità e sulle loro gradazioni, è dissipato.

2. La eccezione contro il testimonio è vincolata a tre condizioni: 1ª *che il motivo sia serio e meritevole di considerazione*. La legge un'altra volta incaricata di rappresentarlo con una teoria *a priori*, il cui difetto era duplice: quello di attribuire un'anticipata, soverchia importanza a fatti che ragguagliati al caso pratico, per avventura non ne avevano alcuna; quello di trascurare altre contingenze, non potendosi tutte prevedere, e che nel caso speciale sarebbero rilevanti. Abbandonata ora dal suo esemplare, il giudice dovrà applicarsi opera più intensa, più riflessiva; tace la legge, e la coscienza subentra e ne piglia il posto. — 2ª *Condizione: che il motivo di sospetto sia enunciato in modo specifico*. Ciò è nella natura delle cose. Ogni accusa, ogni censura deve essere specifica per avere un valore, perchè altrimenti non c'è difesa possibile, e la legge non prende in considerazione istanze che non concludono appunto perchè non si possono respingere. Quel testimonio è di carattere menzognero; quel testimonio è mio nemico, e non dica fatti! — 3ª *Condizione: che il sospetto sia fondato a qualche prova*.

Il Codice, inerendo al concetto espresso nell'art. 313 periodo ultimo di quello del 59, ma con utile riforma nelle modalità, adombra qui due categorie: *a) di sospetti fondati sovra uno scritto; b) di sospetti che si raccomandano a una prova da farsi*. Lo scritto è preso immediatamente in considerazione; ciò è naturale, non costa nè fatica nè perdita di tempo. Un testimonio che mi diresse una lettera piena di insulti e di minacce sanguinose, appare subito quello che è. Ma se la inimicizia non si dimostrerà che per mezzo di testimoni, la legge avverte il giudice che non deve deviarsi nel subalterno processo ove *le circostanze non siano gravi, precise e concordanti*.

3. Questione. — *Nel tempo e in quali le eccezioni di sospetto debbono essere presentate*. Generalmente era posta legge che le eccezioni contro il testimonio non si potessero opporre che *prima della sua deposizione* (Codice di procedura francese, art. 270; Codice delle Due Sicilie, art. 365). Il Codice sardo del 1854 sentì confusamente che il rigore era soverchio e poteva riuscir dannoso alla giustizia, e distinguendo fra la *proposta della eccezione* e la *prova*, quella *volle anteriore alla deposizione*, onde se ne facesse memoria nel processo verbale; questa potè fornirsi prima che la causa *fosse recata alla udienza del tribunale*. Il Codice del 1859 (art. 313) non riportò più la suddetta distinzione, che era buona, fra l'eccezione e la prova della eccezione, ma respinse ogni eccezione che non precedesse l'esame del testimonio, *salvo non fosse giustificata col mezzo di scritto*.

Premessi questi non inutili cenni, noi troviamo nel presente art. 237 ben provveduto che i motivi di sospetto per avere un valore devono provarsi (cosa di cui le altre legislazioni non si occuparono); si avvisò che occorrendo una prova di prova testimoniale, ciò non doveva ammettersi che in gravi e rari casi; ma si omise di dichiarare *in qual punto del processo doveva proporsi la eccezione, e sino a qual tramite del processo potesse presentarsi la prova scritta*.

Noi possiamo dedurlo dalle prescrizioni dell'ultima procedura nella parte non espressamente abolita da altre disposizioni di questo Codice e dalla ragione.

Delle prime si è parlato. Il nº 5 dell'art. 247 ordina *che nel processo verbale si faccia menzione delle eccezioni di sospetto state proposte*. La legge adunque esige che siano proposte prima dei singoli esami, o almeno durante l'esame. Ciò è ben giusto. Lo stesso testimonio opportunamente interrogato può dare i più utili schiarimenti, le migliori giustificazioni. Riesce poi affatto incomprensibile che dopo la *deposizione* possa instaurarsi un processo testimoniale per provare una eccezione di sospetto contro un testimonio già esaminato.

La stessa prova *risultante* dallo *scritto* dovrebbe portarsi prima; perchè non dovrebbe farsi vedere al testimonio e sentirne le risposte? Con tutto ciò ritengo che potrà sempre prodursi sino all'udienza, onde il tribunale (1) possa averne ragione nell'apprezzare la deposizione.

La difficoltà maggiore potrà consistere nel caso di sospetto *sopravvenuti* a deposizione fatta ma a giudizio ancora pendente. La quale previdenza pare non sfuggisse al legislatore, e perciò dettasse il *secondo capoverso* di questo articolo. Ivi di fatti si pronuncia che il motivo di sospetto *potrà anche essere proposto dopo compiuto l'esame*, di che il testimonio non potrà essere interrogato. Ma io porto ferma opinione *che solamente per sospetti sopravvenuti e gravi ciò possa farsi*.

4. Il testimonio, anche macchiato di sospetto,

(1) Quando la materia è comune alle corti, intendo sempre sotto nome di tribunale di comprendere anche quelle.

è sempre esaminato. Fu già il pensiero di Giustiniano *procedat quidem testatio, tempore vero disputationum serventur hujusmodi quaestiones* (Nov. 90, cap. 7). L'articolo 291 del Codice di procedura francese esclude affatto il testimonio sospetto, contro cui a ragione si elevarono le censure degli scrittori.

Articolo 238.

I testimoni, se non consentano di presentarsi volontariamente, sono citati nel modo stabilito dall'articolo 133, con indicazione della causa per cui devono comparire, senza bisogno di alcun'altra formalità.

Nella citazione del testimone debbono osservarsi i termini stabiliti nell'articolo 147.

Annotazioni

La citazione ai testimonii, ove occorra, il che non è frequente, si farà con quella forma che dicesi *per biglietto* (art. 133). Invece *dell'oggetto della domanda si avrà la indicazione della causa per cui devono comparire.* Si dice — *senza bisogno di alcun'altra formalità*, ma qui delle formalità ce ne sono quanto basta, poichè si dovranno ben osservare tutte quelle che sono prescritte per la *notificazione della citazione* nell'art. 139. E dovranno pure osservarsi i *termini stabiliti nell'art.* 147

Ora si domanda.

a) Sono forse applicabili nelle contingenze ivi specificate gli articoli 141, 142 e 143? Non i due primi, non essendo sottoposti ad esame nel regno testimonii o esteri o abitanti fuori del regno (art. 208, 2° capoverso); ma potrà rendersi applicabile l'art. 143.

b) Tale citazione che si fa ai testimonii, può esser annullata pei motivi indicati nell'art. 145, *e la domanda di nullità sarà di diritto delle parti?* Se il testimonio comparisce, ogni nullità è sanata. Ciò teniamo in primo luogo. E se nullità esiste, o perchè atto informe non abbia i caratteri d'una vera citazione, o perchè la notificazione non sia stata regolarmente eseguita, e il testimonio abbia legalmente o realmente ignorata la chiamata, quale mai sarà la conseguenza? La parte che aveva interesse perchè fosse esaminato, la parte che ha così male adempito alla legge, non dovrà forse imputare a se stessa se il testimonio non è comparso senza sua colpa e non può essere esaminato? Io credo bene che quante volte fosse colpito dalla sanzione dell'art. 239, egli potrà difendersi allegando di non essere stato citato. E la citazione potrà rinnovarsi, quando sia ancor tempo.

Articolo 239.

Il testimone citato che non può comparire deve far noto al giudice procedente il motivo dell'impedimento. In questo caso la citazione si ripete per altro giorno, salvo ciò che è stabilito nell'articolo 215

Se il testimone non comparisca, o ricusi di giurare o di deporre, senza addurre ragioni legittime, è condannato dal giudice procedente al rimborso delle spese cagionate da lui e in una pena pecuniaria non maggiore di lire cinquanta, oltre il risarcimento dei danni

In questi casi si rinnova la citazione o si rimette l'esame ad altro giorno a spese del testimone; e s'egli non comparisca, o persista nel rifiuto di deporre o di giurare, è condannato al rimborso delle nuove spese e in una pena pecuniaria non minore del doppio della prima, e non eccedente lire cento.

Il giudice può inoltre ordinare che il testimone renitente sia condotto all'esame dalla forza pubblica, e condannare quello che persista nel rifiuto nella pena del carcere estendibile a giorni trenta

Annotazioni.

1. Secondo il primo capoverso dell'articolo, *si possono addurre delle ragioni legittime*, tanto perchè non si comparisce, *quanto perchè si ricusa di giurare o di rispondere.* Con-

tenta a questo cenno, la legge lascia alla dottrina il dichiarare come e quando ciò possa essere. Vi sono infatti certi segreti rispettabili e sacri che non devono essere violati I confessori, gli avvocati, i procuratori, i medici, e così pure, io ritengo, i notai, potranno rifiutarsi di rivelare le confidenze intime di cui furono depositari nell'esercizio del loro ministero o della loro professione. La dottrina è comune. Fra i canonisti, Lessius, l. II, cap. 30, 31, Layman, *Theol. mor.*, lib. III, tract. 6, cap 4, num. 8, Ferraris, *Bibliot.*, v° *Testis*, articolo 111, num. 38, ecc Fra gli espositori dei codici moderni. Merlin, Pigeau, *Proced.*, tom. I, pag 278, Chauveau in Carré questione 1037, Legraverend, tom. I, p. 236, ecc., e decisioni in gran numero.

Che tali testimoni possano tuttavia prodursi, ch essi siano obbligati a presentarsi e deporre, nessun dubbio. Essi soltanto potranno dire se conservano veramente un segreto, e dichiarando in quali circostanze hanno ricevuta una confidenza che reputano inviolabile, ci faranno scorti se sia il caso di non doverne far copia e di sottrarsi all'obbligo di rispondere alla giustizia, generalmente imposto a tutti i cittadini Il caso è sì strettamente eccezionale che non sarebbe lecito il darvi la menoma ampliazione quello stesso che crede di dover tirare un velo su certi più intimi segreti, può avere il dovere di manifestare una folla di altri fatti che ha conosciuti in circostanze diverse. Se non gli si potrebbe far debito del silenzio, l'astenersi dal deporre non è mai che una *facoltà*. L'articolo 274 del Codice penale similmente dichiara che tali persone (cui si aggiungono i chirurghi, gli speziali, le levatrici e altre professioni in pari contingenze) *non possono essere obbligate a deporre*.

2. *Si rinnova la citazione* se il testimonio non è comparso, si *rimette l'esame ad altro giorno* se il testimonio si è ricusato di giurare o di deporre. Il differimento è dato alle riflessioni del testimonio onde, meglio consigliato, venga la seconda volta più disposto a soddisfare il debito suo (2° capoverso)

3. Evidentemente *due multe* sono caricate al testimonio per la raddoppiata contumacia, dopo che egli può esser percosso da mandato di traduzione, e finalmente subire la carcere sino a trenta giorni. Tutte queste condanne possono essere proferite dal giudice delegato all esame.

4. Tali ordinanze sono soggette a reclamo in coerenza all'articolo 209.

Articolo 240.

Quando il testimone non comparso si presenti in seguito e giustifichi un impedimento legittimo, il giudice può rivocare la condanna di lui, e lo esamina, se non sia ancora scaduto il termine utile per l esame

Articolo 241.

I testimoni sono esaminati separatamente l'uno dall'altro

Quando i testimoni non possano essere sentiti tutti nello stesso giorno, il giudice procedente proroga l'esame ad altro giorno. In questo caso non occorre altra citazione ne ai testimoni ne alle parti, ancorche queste non si siano presentate.

Annotazioni

1. Precedenti storici. - La separazione dei testi esaminandi è garanzia di verità. Anche questa norma del processo, come tante altre, ci è tramandata dal diritto canonico. *Cap. venerabili* 52 *de testibus*, *glossa ibi verb examinare*. Vi si incontra anche una regola di temperanza che non può dirsi perduta. *Ac nullus testimonium dicat nisi jejunus.* La glossa però a questo luogo spiegava — *hoc de honestate dictum est non de necessitate* sul testo in *Cap honestum*, 16, causa 22, quest. 5. — *honestum enim videtur ut qui in sanctis audet jurare, hoc jejunus faciat cum omni honestate et timore Dei.* Gli antichi trovarono un'altra garanzia nel segreto della deposizione. Nella Leg. nullum Cod. de testib. è conservato un singolare monumento di quella età. « Omnes « qui in civili scilicet causa suum præbent te- « stimonium, *separato*, et tamquam (ante) ju- « dicium interim *deposito exceptionis foro pri-* « *vilegio hujusmodi prœsidio denudato* (argo- « mento di uguaglianza per ogni testimonio), « *ita ad judicantis intrare secretum* ut quo- « cumque aures ejus offenderint, non dubitent

« sibimet formidandum; *data cunctis judicibus* « absque ullo præscriptionis obstaculo, sicut « sæpe dictum est (in testes) *quorum voces* « *falsitate, vel fraude non carere perspexerint,* « *pro qualitate videlicet delicti, animadvertendi* « *licentia* ». Specie di autonomia del giudice interrogatore che anche la nostra legislazione considera inerente al suo nobile ufficio (articolo 239). Due sistemi opposti si videro in Francia. L'ordinanza del 1667 circondava l'esame testimoniale del più impenetrabile mistero; la legge del 3 brumaio, anno II, la poneva al pieno sole della pubblica udienza. Non tardò ad apparire il Codice di procedura civile che in qualche modo conciliò i due sistemi, facendo seguire l'esame in presenza delle parti interessate. Le commissioni incaricate del progetto del nuovo Codice italiano hanno ripreso lo studio; il ritorno al segreto era impossibile; la tendenza del secolo è alla pubblicità. Ma non si è potuto fare notevoli innovazioni.

2. **Questione.** *È nullo il processo di esame se non è stato osservato il precetto doversi i testimoni esaminare separatamente l'uno dall'altro?* La legge non ha posto al precetto sanzione alcuna, come ha fatto in giudizio penale (articolo 301 del Codice di procedura penale). La imponente diversità dell'oggetto ce ne dà la spiegazione. Se manca la sanzione espressa, non si crede di potere arrivare sino al concetto dell'articolo 56, 1° capoverso. Malgrado il senso di alta prudenza che governa questa disposizione, non sarebbe meno un esame di testimoni quello che seguisse in presenza l'uno dell'altro. Pertanto a sanare una nullità, che sostanzialmente non esiste, non sarebbe neppur d'uopo allegare la presenza delle parti contrarie assistenti senza protesta. Notiamo come per incidente, che *non essendo mai il precetto rituale senza conveniente effetto*, effetti però assai diversi produce secondo la qualità e importanza dell'atto che prende a regolare. Ora la osservanza è *necessaria*: il difetto genera nullità. Ora l'effetto è *semplicemente morale*. Vi sono norme date ai giudici, che, inosservate, nè alterano il processo, nè influiscono sulla questione. La legge allora ha mirato ad un effetto morale, sa che il magistrato si farà un dovere di essere esatto, e nella massima parte dei casi otterrà l'intento. Talvolta la inosservanza senza produrre nullità, partorisce pur troppo un disordine reale, che è forse la conseguenza peggiore. Un processo assunto senza quell'ordine che richiede questa legge, darà luogo ad eccezioni, scemerà l'efficacia della prova, turberà la coscienza dei giudicanti. Io credo anche potrà ordinarsi, secondo le circostanze, la rinnovazione di certi esami.

Aggiungerò una saggia cautela che ci è proposta dalla relazione Pisanelli, che serve anche a dimostrare come non sia assoluta l'indole di questo precetto. « I testimoni devono « essere esaminati separatamente, potranno « essere nuovamente interrogati quando le « deposizioni di altri testimoni lo rendessero « necessario (necessità che si deve intendere « nel senso di utilità), ove siavi contraddizione « fra le deposizioni dei medesimi, il magistrato « potrà porli fra loro in confronto ». Potere discrezionale che esiste sempre in queste materie benchè non espressamente attribuito. Ciò del resto è dichiarato dall'articolo 243.

Articolo 242.

Il testimone, prima di essere esaminato, deve prestare il giuramento a norma dell'articolo 226.

Il testimone, prestato il giuramento, e prima di deporre, deve dichiarare:

1° Il suo nome, cognome, la sua condizione, età e residenza;

2° Se sia parente o affine di una delle parti, e in quale grado, o se sia addetto al servizio di essa;

3° Se abbia interesse nella causa.

Annotazioni.

1. Il giuramento si presta *col rito descritto dalla legge*. Si presta *singolarmente* da ogni testimonio: la legge fa comprendere abbastanza chiaramente che il giuramento in massa o in comune non soddisfa al suo voto. Se i testimoni sono esaminati separatamente, deve ben esser così. Il testo medesimo si esprime in forma singolare, *il testimonio*.

2. Il giuramento *non si presume prestato*. Troveremo fra i requisiti del processo verbale (articolo 247, num. 3) *la menzione del giuramento prestato*. Non si creda però che basti

una *menzione generica*. La espressione: che si è *adempito alla prescrizione dell'articolo 242*, o anche ovvero *prestato il giuramento voluto dalla legge*, non è sufficiente (Bettini, 1856, I. II, pag. 783), non si può precludere alla difesa il diritto di censurare la forma specifica della prestazione, si deve sapere *in qual modo* si è giurato; il giuramento per noi è una cosa meramente estrinseca perchè non leggiamo nei cuori; è una formalità. Un testimonio cattolico che avesse giurato alla forma ebraica, o viceversa, o non avesse ripetuta la formola sacramentale *giuro chiamando Dio, ecc.*, testimonio non sarebbe.

3. Più grave il sapere *se la deposizione non regolarmente giurata sia nulla*. L'articolo 262 della procedura francese commina espressamente la nullità; nullità che quell'articolo estende ad altre formalità di assai minore importanza; ed è troppo. La tradizione ci mostra che ogni volta che si ebbe ricorso alla religione del giuramento per attestare una verità, non si dubitò mai che se ne potesse far a meno, quasichè non si trattasse che di una cautela utile bensì ma non necessaria, quasichè il chiamar Dio in testimonio fosse cosa indifferente (Leg. *jusjurandi* 9, e Leg. 19, Cod. de testibus cap. 17, 29, 39 de testibus, cap. si testes 3 causa 4 quaest. 2 et 3, cap. hortamur 20 causa 3 quaest. 9, e tutti gli scrittori teorici e pratici). Ma la nostra legge, dopo avere ordinato il rito, non ha espressamente dichiarato, come ha fatto in altri casi già osservati, che la deposizione non giurata colla precisione del rito imposto sia nulla. Sarebbe forse *della essenza della deposizione?* È certamente della essenza della deposizione il giuramento, o, in altri termini, *è una condizione di essa ogni volta che si pretenda attribuirvi quella efficacia provante che è annessa a siffatta natura di prova*. La deposizione sarebbe nulla, *perchè non esisterebbe come prova testimoniale*. Questione, *se il giudice possa trarre qualche conto di una deposizione non giurata*, e se tenendone conto porti in seno alla sua sentenza un elemento infetto e tale da renderla nulla. Non so se l'avvertenza sia mai stata fatta, io almeno non l'ho trovata, o mi è sfuggita. *Farei una distinzione*: se la parte avversa ha fatto istanza perchè la deposizione sia dichiarata nulla come contraria alla legge, e quindi priva di qualunque efficacia, il giudice dovrebbe rigettare assolutamente dal processo questo mezzo di prova, non potrebbe tenerne il menomo conto. In caso diverso la dichiarazione del testimonio, benchè non giurata, non essendo però oppugnata, potrebbe, io credo, nella oscurità dei fatti valere al giudice come uno schiarimento, *testimonianza imperfetta*, un elemento di convinzione non formalmente negato, non condannato dalla legge civile come nei casi in cui la prova testimoniale è proibita, non si direbbe destituto di ogni valore indiziario (argomento dagli articoli 236 e 247, capoverso 2°). Per servirmi di una espressione di Bonnier (*Des preuves*, num. 242): «*une deposition de cette nature ne pourrait jamais être une unité, mais tout au plus une fraction dans le calcul légal des témoignages*».

Del resto non esageriamo questo potere della legalità in fatto di prove apprezzabili dalla convinzione nel tempo stesso che vogliamo rispettarlo. Il giuramento è un requisito della testimonianza, la legge crede di poter presentare alla convinzione del giudice un elemento affinato, si direbbe, al fuoco della religione, e in vista di un interesse superiore che non ha confronto quaggiù, purgato da ogni mala disposizione al mentire. Ma la legge non dice al giudice: dovete credere al testimonio perchè ha giurato, come non dice al giudice: dovete credere a due testimoni, perchè due valgono più di uno. Questo era il sistema della prova legale, ma la prova legale in fatto di convinzione morale è un assurdo. La legge non fa altro che trasportare il testimonio in quella condizione presunta di moralità che, secondo essa, è la più acconcia alla sincera manifestazione del vero. È tutta quella garanzia che può dare a coloro che hanno bisogno di ricorrere a questo fragile mezzo. Se il magistrato non fosse un uomo di probità e di religione, com'è suo dovere di essere, la legge gli parlerebbe un linguaggio inintelligibile, a un ateo sarebbe inutile il dire che l'uomo che ha giurato per Dio merita fede maggiore di un altro che non ha giurato, ma essa ha presentito che nel tacito appello che viene facendo alla coscienza del magistrato sarà intesa, sarà apprezzata. Così, senza imporre alla coscienza di lui, tende a persuaderla. In ciò la prova testimoniale differisce dalle altre letterali o precostituite. Queste si dànno al giudice come una verità preesistente ch'egli non deve far altro che affermare, quella subisce una preparazione, una elaborazione, direi, che in qualche modo la perfeziona nel genere suo, ma la legge non vuole nè può cangiarne la natura, e contenta di aver fatto dal canto suo quanto era possibile, permette la valutazione. Ma intendiamoci. In civile bisogna render conto anche delle convinzioni. Se un giudice che ha innanzi due testimoni

giurati e due testimoni non giurati o gravemente sospetti, preferisce questi a quelli senza motivare il suo criterio, arrischia di fare una sentenza censurabile; perchè in effetto renderebbe illusoria la legge, confondendo per un atto della di lui volontà i gradi della credibilità legale. *Prova legale* e *credibilità legale* sono evidentemente concetti dissimili; la prima è necessità del giudice, la seconda è norma che deve seguire finchè un principio superiore, la legge della coscienza, non gli ene imponga una diversa. E di questa maniera il concetto della ragione, come della osservanza di codesto istituto, è ridotto a' suoi veri termini.

Articolo 243.

Il testimone deve rispondere a voce senza che possa leggere risposte preparate in iscritto. Il giudice procedente può permettergli di ricorrere a note o memorie, quando lo richiedano la qualità del testimone o la natura della causa.

Il giudice può d'ufficio, e deve, sull'istanza delle parti, fare le interrogazioni opportune per meglio chiarire la verità. Può anche, dopo che i testimoni hanno deposto, porli in confronto tra loro.

È vietato alle parti e ai loro procuratori di interrogare il testimone o d'interromperlo. Essi debbono per quest'oggetto rivolgersi al giudice procedente, sotto pena di un'ammenda estendibile a lire venticinque, e anche dell'espulsione dal luogo dell'esame.

Articolo 244.

La deposizione si scrive nel processo verbale in persona prima, e si legge al testimone finito il suo esame, chiedendogli se persista in essa.

Il testimone può farvi le variazioni e aggiunte che creda, le quali sono scritte in fine della deposizione.

Articolo 245.

Finito l'esame del testimone, si deve chiedergli se vuole un'indennità, e, in caso affermativo, il giudice ne fa la tassa in margine della deposizione e ne ordina il pagamento. Questo provvedimento tien luogo di sentenza spedita in forma esecutiva contro la parte che ha presentato il testimone.

Annotazioni.

Sono titoli esecutivi... 2° le ordinanze e gli atti ai quali sia attribuito dalla legge un carattere esecutivo. Se il testimonio cui è assegnata la indennità, non è pagato, farà spedire dalla cancelleria *la copia dell'atto in forma esecutiva* secondo il tenore dell'articolo 556, e la farà notificare alla parte che lo ha indotto, dalla quale deve percepire la tassa. La ordinanza però è soggetta a reclamo giusta l'articolo 209.

Articolo 246.

Quando durante il termine per l'esame una delle parti ne domandi la proroga, il giudice procedente, concorrendovi giuste ragioni, può accordarla; e, nel caso di contestazione, rimette le parti a udienza fissa.

Le deposizioni ricevute dopo la scadenza del termine stabilito o prorogato sono nulle.

Annotazioni

1. Il nostro processo di esame molto più sciolto del francese che impone il cominciamento entro gli otto giorni (articolo 257), la espressione dell'articolo *durante il termine per l'esame*, ci persuadono che dentro i trenta giorni (o dentro il qualunque altro termine

che sarà stato assegnato) si potrà domandare e ottenere la proroga, ancorchè l'esame non fosse stato neppure incominciato. Esempio da non abusarne, caso assai raro, tuttavia non impossibile. I testimoni erano assenti, infermi, la parte inducente si trovò colpita da grave sciagura, la pestilenza era minacciosa, e che so io. *Devono concorrere giuste ragioni*, dice la legge, espressione ben capace di comprendere colla ragione giuridica anche la morale, onde un potere discrezionale abbastanza esteso per regolare il tempo deve ritenersi attribuito al giudice dell'esame (Chauveau in Carré, quest. 1092, corte di Tolosa 13 giugno 1825, Sirey, lib. XXV, tit. II, pag. 218, corte di Bruxelles, 2 luglio 1842, *Journal de cette Cour*, ec.). *Due condizioni però limitano il suo arbitrio*: 1ª che la proroga sia domandata *durante il termine dell'esame*, perchè non può rivivere termine che è già spirato, perchè si reputa abbandonata la facoltà di chiedere la proroga; 2ª *condizione*, o piuttosto limite, che il tempo della proroga non ecceda l'ordinario, questo è sottinteso e implicito, perchè l'ordinario è sempre il termine normale.

a) Si è disputato *se la nullità della citazione che avrebbe dovuto intimarsi alla parte per intervenire all'esame sia motivo legittimo per domandare la proroga*. Fu decisa la negativa da una corte che, trovando appartenere a chi è in questa condizione il rimedio della nullità, ritenne dovesse prima questo rimedio esperirsi (corte di Bruxelles, 10 dicembre 1841, *Journal*, ec., t. X, p. 109). Ma perchè mai se la via della proroga è più semplice, più facile, meno costosa, non dovrebb'esser concessa? Se la parte rinunzia al suo diritto per valersi di un altro che da questa medesima circostanza è giustificato, perchè dovrebbe respingersi? Così pensa anche il Chauveau in Carré, quest. 1093.

b) *Si può domandare la proroga ad oggetto di far sentire nuovi testimoni?* La giurisprudenza francese è divisa. Si dice per la opinione negativa che la facoltà di chiedere una proroga non può riguardare che lo svolgimento dell'esame dei testimoni in tempo e regolarmente prodotti, che una volta espleto l'esame, cessa la ragione della legge, che non si tratterebbe più *di prorogare il termine dell'esame* secondo il tenore della legge, *ma di farne un nuovo*. In contrario si osserva che il Codice non prescrive che tutti i testimoni abbiano a prodursi *in un dato tempo e in una sola volta*, che la legge che accorda la facoltà della proroga è generica e non distingue un motivo dall'altro, e questo motivo può esser ragionevole quanto un altro. Aggiungerò che la seconda opinione è venuta sempre acquistando maggior numero di fautori, e ora può dirsi dominante (Pigeau, *Comment.*, tom. I, pag. 531; Favard de Langlade, t. II, pag. 352, num. 9, Chauveau in Carré, quest. 1092, e molte decisioni).

È giusta quella giurisprudenza? È forse diversa la nostra legislazione? Io credo che sia nel voto della legge rendere più che sia possibile, userò questa parola, compatto l'esame di prova e di riprova; credo ch'essa prediliga l'esame simultaneo e per la speditezza, e per quel carattere di unità che il giudice, a cui tutta la materia è fornita, può imprimere al processo; l'articolo 231 nella sua espressione denota una presentazione contemporanea, una mutua comunicazione di testimoni; ma non ha nulla di perentorio, di esclusivo, di fatale. Non è vietata una indicazione successiva, purchè la notifica avvenga sempre cinque *giorni avanti l'esame*. La pratica vi ha dato il nome di *nota suppletiva*. Più grave è certo il lasciar consumare pressochè tutto il termine, e là in quell'estremo indurre nuovi testimoni. È anche vero che minore scusa ci offre la nostra procedura più larga nel tempo e meno impacciata di periodi iniziali e terminativi, ma in fine non c'è divieto, e la scoperta di un testimonio interessante e prima ignorato, o la possibilità di presentarlo che prima non si aveva (per esempio se giunto or ora da paesi lontani), può scusare la tardità e far persuaso il giudice della convenienza della proroga a questo effetto. Così fu deciso dal tribunale di commercio di Torino nel 21 novembre 1857, Bettini, 1857, p. II, pag. 785.

c) *Ma potrà anche domandarsi proroga per far riesaminare testimoni già esaminati?* E perchè no, se da forti ragioni fosse consigliato? Supponiamo che siasi mai rivelata per un caso impreveduto una circostanza nuova che ha bisogno assolutamente di esser proposta a qualcuno dei testimoni di già sentiti, supponiamo che una causa affatto nuova di sospetto sia emersa contro un testimonio e potrebb'essere da lui onestamente spiegata, perchè pendente ancora il termine di trenta giorni ma che spira all'indomani, non mi sarà permesso di domandare una proroga di otto giorni per mettere in chiaro il fatto? Perchè sarete così avari del tempo a scapito d'una verità che dopo questo breve periodo non potrete più raccogliere? Credo quindi di dover respingere la contraria opinione del Pigeau, del Dalloz e di qualche altro, e ammettersi invece quella del Carré, quest. 1075 e 1093. E dirò in ge-

morale che dev'esser sempre luogo alla ricerca della verità che è lo scopo obbiettivo della prova, *sino al punto in cui sia possibile a farsi*, sino al punto cioè in cui legge del rito, che ha pure la sua ragione di essere, non dica formalmente *il processo è chiuso*.

d. Di una seconda proroga. Appena si vuol notare *che il termine più lungo dei trenta giorni, che può esser assegnato in principio a tenore dell'articolo 232*, non può aversi come termine prorogato; esso rappresenta il primo termine. — La legge non dice neppur che la proroga dell'articolo 246 sia assolutamente definitiva. In questo medesimo stato della legislazione si è trattata dai proceduristi francesi la questione *della seconda proroga*. Con quel senso di equità che li dirige, alcuni dei migliori, e qualche decisione in casi seri, l'ammisero (Thomine, t. i, pag. 844; Chauveau in Carré, quest. 1098; corte di Besançon, 25 gennaio 1812, *Journal Av.*, t. ii, pag. 180). È palese che la causa non potrebb'essere che gravissima, e il criterio da seguirsi sarà sempre che il richiedente non sia imputabile della menoma negligenza per parte sua. Anzi, secondo l'articolo 47, si esige di più, *si dee giustificare il caso di forza maggiore*, tutto ciò ove non intervenga il consenso espresso delle parti.

e. Può il giudice delegato in qualche altro caso, oltre quello segnato in quest'articolo, interromper l'esame e rinviare le parti a udienza fissa, ossia avanti il collegio per risolvere alcuna contestazione che a lui si presenti? Posto il problema sotto un punto di vista così generale, non è senza interesse. La corte di cassazione di Francia decise che il giudice delegato *ne peut interrompre ses opérations pour renvoyer les parties à l'audience que dans le cas de l'article 291* (che è il nostro 246). (Cassazione, 9 marzo 1836, *Journal Av.*, t. lii, pag. 337). Non potrei adottare una proposizione sì assoluta. Distinguerei fra le vertenze che sono per sorgere *intorno al processo di esame*, e quelle che non appartengono propriamente all'esame, ma hanno la loro ragione in qualche altro istituto della procedura. Quanto alle prime io ho più volte ravvisata nel giudice delegato una facoltà che nello spirito del moderno Codice ha ricevuto delle proporzioni anco maggiori. Le sue ordinanze sono soggette a reclamo, come dissi altrove, ma il potere di proferirle prova l'ampiezza della sua giurisdizione che, dentro il cerchio della sua delegazione, è quella stessa del tribunale. Vero giudice istruttore, egli amministra il processo con quella regola di prudenza che è un attributo della sua nobile funzione: ma che sarebbe se, per es., si opponesse che avendo una delle parti cangiato di stato nel corso del processo, essa non può rimanere in causa se non legittimamente rappresentata, o in altro modo è sopraggiunta una condizione di cose per cui il processo d'esame non può più proseguire? Evidentemente il giudice delegato dovrebbe rinviare la questione al collegio; egli non potrebbe deciderla.

2. *Scaduto il termine*, non si ascoltano altri testimoni; le deposizioni che venissero assunte *sarebbero nulle. La condizione d'illegalità è dichiarata dalla legge.* Non si tratta di un *elemento imperfetto* di prova che ha pure, o può avere, un qualche peso nella convinzione; è un elemento spurio da rigettarsi, entrando nelle considerazioni della sentenza ne guasterebbe l'ordito, sarebbe vizio che tanto più la pone in pericolo d'annullamento, quanto si dimostri aver esercitato maggior influenza sull'animo del giudice.

3. *Ricerche intorno al corso del termine, e in genere intorno alle modalità del processo testimoniale, allorchè la parte, contro la quale si forma, rimase contumace.* Combinandosi questo tema con quello della contumacia, sono costretto a percorrere alquanto le osservazioni che meglio a quel luogo saranno svolte.

L'ordinanza o la sentenza che ammette la prova testimoniale (articolo 230) può esser proferita in contumacia giusta il disposto dell'articolo 381. Lo stato di contumacia non varia, almeno sostanzialmente, il rito che alle diverse specie d'istruzione è preordinato. Ciò è cauto nel 1° capoverso dell'articolo 385. Nondimeno è della natura di siffatti giudizi il non potersi notificar gli atti (che devono essergli fuorchè alla stessa parte, che quantunque rimasta volontariamente estranea, per quanto si crede, al giudizio, deve conoscere, a dir così, nel suo nascondiglio tutto quello che si opera a danno suo.

Ci sono tre testi che hanno un rapporto fra loro e abbracciano questo punto di diritto giudiziale: il 232, 1° capoverso, il 246 e il 386, 1° capoverso. Il secondo di essi potrebbe dirsi generale, accennando al termine *come limite del corso dell'esame e misura della sua legalità*. L'articolo 242 tocca della sospensione legale del termine, supponendo l'esistenza dello stato di contumacia o dell'appello. Il terzo è più speciale e determinativo stanziando: « Se « il contumace comparisca scaduto il termine « per controdedurre le prove testimoniali, o « far seguire la prova contraria, non può ra-

sembra distruggere i precedenti dettati (capoverso dell'articolo 159). Dirò pochissimo, e partirò da punti determinati.

Il primo problema è stato risoluto dai migliori nel senso che la condizione dell'attore e del reo contumace non è punto diversa, che prova e controprova devono seguire simultanee, che peggio pel contumace se ha lasciato passare il termine utile (Chauveau in Carré, quest. 1065).

Il secondo è stato pure risoluto con quella dichiarazione che si legge nel corpo dell'articolo 159, *ou enfin lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante* (Chauveau, quest. 1065). Da queste parole si deduce che l'articolo 159 non è tassativo, ma dimostrativo, che quantunque l'esame non sia annoverato fra gli atti propriamente di esecuzione, tale deve ritenersi in virtù di questa clausola generale, che la ordinanza del giudice delegato non è propriamente atto di esecuzione, ma lo è la *notificazione della lista dei testimoni e l'avviso che si fa al contumace per intervenire all'esame, che dal momento che codesta notifica gli viene fatta, decorre il termine a fare opposizione*, ne segue che se non penserà una volta ai casi suoi, se non si farà vivo, se non presenterà la controprova, sarà decaduto dal diritto.

Ora veniamo a noi. Si è veduto quale sia la disposizione dell'articolo 386. Il contumace può sempre comparire *sino alla sentenza definitiva*, ma è possibile che siano state proferite delle sentenze interlocutorie che il contumace, mantenendosi silenzioso, non ha punto impugnate. Or bene: gli è stata notificata una sentenza di ammissione di testimoni prodotti dalla contraria parte. *Non ha fatto opposizione in termine* (quale sia il termine a fare opposizione lo vedremo a suo luogo, art. 474 e seg.); potrà ancora comparire sino alla sentenza definitiva, come si è detto, ma intanto decorrono e danno essi i termini *per controdedurre la prova testimoniale o far seguire la prova contraria*. E così ogni dubbio è ragionevolmente definito, rimossi gl'imbarazzi della legislazione francese. Noi partiamo da un punto affatto diverso. Noi non facciamo dipendere il diritto del contumace a comparire dalla *esecuzione della sentenza*. In effetto il termine a comparire si divide in un primo periodo, si direbbe, o sezione del termine in cui la comparsa del contumace ha l'efficacia di impedire ogni atto di esecuzione, e in un periodo tardivo, posteriore a quello nel quale la sentenza potè essere eseguita, e allora la sua presentazione in giudizio non solamente non è capace *di annullare i fatti di esecuzione che ha dovuto subire, ma neppure a ricuperare quei diritti di difesa dai quali è decaduto*.

Da ultimo figuriamo in brevi tratti un processo testimoniale *che si compone in contumacia del convenuto*.

Il contumace che persiste nella sua contumacia vede perire il diritto della *prova contraria* (come si è detto), avendo un tempo limitato nell'articolo 229.

Quali saranno le notificazioni da farsi al contumace? Senza dubbio gli devono essere successivamente notificati gli atti che negli articoli 229, 230, 233 (la ordinanza), 234, 246, 248 sono indicati. Nel che si procede secondo la norma dell'articolo 385.

Dalla notificazione delle sentenze e dei provvedimenti, e che non sono semplici istanze e mere ordinanze d'istruzione (articolo 386), *ne ha forse da nascere qualche termine sospensivo?* Per le sentenze il termine di appellare o di fare opposizione (quando abbia luogo), per i provvedimenti emanati dal giudice delegato (articolo 209) quello dato al reclamo dall'articolo 583.

Ma siffatti termini parziali e diversi come son dominati dal termine generale stabilito per l'esame? Dal punto in cui il corso del termine è cominciato in relazione all'articolo 232, esso continua senza interruzione, *dovendosi considerare compresi nel termine generale quei termini che dividono, secondo le esigenze del rito, un atto dall'altro*, quelli che sogliono accompagnare alle notificazioni. Per es., secondo l'articolo 234, si devono lasciar liberi *cinque giorni*, altri giorni di mezzo occorrono per gli articoli 238, 239, ecc.) Codesti intervalli e spazi e termini intermedi non sono sospensivi del termine generale, essendo quasi giunture e membrane, se si permetta la frase, del processo testimoniale, sospensivi sono quei termini che non riguardano propriamente l'intimo, la struttura e l'organismo del processo medesimo, ma derivano la loro virtù sospensiva dai principii generali della procedura, *e hanno lo scopo di render comodo alle parti l'esercizio di certi diritti che appartengono alla difesa generale*, non costretti intendo, nell'angusta palestra del processo testimoniale. Tali sono i termini per appellare dalle sentenze, tali quelli per provvedere alla propria difesa, a causa di morte, di cessazione d'ufficio, ecc., per deliberare sull'eredità, ove sia luogo, e simili.

Articolo 247.

Il processo verbale dell'esame deve contenere:

1° L'indicazione dell'anno, mese, giorno e dell'ora in cui l'esame ebbe luogo, delle rimessioni ad altri giorni e ore, e della proroga che si fosse concessa;

2° Il nome, cognome, la residenza, o dimora delle parti e dei testimoni, e la menzione della loro comparizione o della loro comparizione o della loro assenza;

3° La menzione del giuramento prestato;

4° La menzione delle risposte di ciascun testimone;

5° Le eccezioni di sospetto state proposte;

6° La dichiarazione se le interrogazioni siansi fatte d'uffizio o ad istanza delle parti;

7° La menzione se il testimone abbia chiesto indennità, e in quale somma gli sia stata accordata;

8° La menzione della lettura al testimone delle sue deposizioni, e delle variazioni ed aggiunte che vi abbia fatte;

9° La sottoscrizione di ciascun testimone, o la menzione che egli non potè o non volle sottoscrivere;

10° La sottoscrizione delle parti e dei loro procuratori, se presenti;

11° La sottoscrizione del giudice e del cancelliere.

Vi è nullità se non siansi osservate le disposizioni dei numeri 9 e 11.

Vi è altresì nullità, se l'omissione o l'inesattezza delle indicazioni accennate negli altri numeri produca assoluta incertezza circa il tempo in cui seguirono gli esami, o il loro oggetto, o le persone dei testimoni o delle parti, o l'adempimento delle formalità stabilite e il cui difetto porti nullità, salvo sempre in ogni caso di omissione o di errore l'applicazione delle pene disciplinari al cancelliere.

Annotazioni.

1. L'articolo 322 del Codice di procedura del 1859 è stato ritenuto con due sole correzioni di forma. *a)* Art. 322, n° 4. Doveva farsi menzione *delle risposte date ai testimoni alla interrogazione se fossero parenti, ecc.*, poi nel num. 5 si diceva che *il processo verbale doveva contenere la deposizione di ciascun testimonio*. Ora con maggior semplicità, e tutto comprendendo, si pone al num. 4 del nostro articolo *la menzione delle risposte di ciascun testimonio*, *b)* art. 322, num. 5. *Le eccezioni state proposte* l'articolo 247 aggiunge *di sospetto*, e mostra esser queste le sole eccezioni di cui deve per legge farsi menzione nel verbale, il che però non impedisce che possa farsi menzione di altre eccezioni, dichiarazioni e proteste, che il giudice nella sua prudenza stimi dover inserire nel verbale.

2. La sola forma indispensabile, sacramentale, è quella dei n° 9, 11. Di fatti son quelle che danno *l'autenticità all'atto*. La *esistenza* dell'atto prima di tutto: di poi il vedere se il contenuto sia sufficiente, se la scrittura riferì ciò che principalmente interessa al legislatore di accertare. Il capoverso dell'articolo discerne gli elementi sostanziali della prova: *il tempo*, *l'oggetto o materia* dell'esame, *le persone dei testimoni o delle parti* (che meglio leggerebbe *e delle parti*, se pure non è una edizione fra le scorrette che vanno attorno, e io ne ho confrontate parecchie). Seguitando il discorso, viene una clausola che dice: vi è altresì nullità se l'omissione o l'inesattezza produca assoluta incertezza *circa l'adempimento delle formalità stabilite, e il cui difetto porti nullità*. Simili clausole generiche e vaghe sogliono avere per retaggio la confusione e l'imbarazzo: sono queste che generano le liti e danno ai cattivi litiganti buona materia. Eccoci a chiedere quali sono *le formalità che portano e quali non portano nullità*. Nel presente titolo non troviamo che due sole volte bandita la *pena di nullità*: nell'articolo 233 e nel 234 con riserva. Ma sono forse quelle le formalità

processo verbale *abbia bensì dato cenno di giuramento prestato, ma in modo incompleto e insufficiente*, per esempio, senza descrivere il rito e con una indicazione generica. Io espressi opinione (all'articolo 242) che, tutto essendo sacramentale nella formola religiosa, la indicazione generica dovera ritenersi insufficiente. Fingiamo dunque un processo verbale con questo peccato addosso, per cui non potrebbe più dirsi — *il testimonio non ha prestato giuramento* — ma si avrebbe anzi la prova del contrario; solamente non risulterebbe se poi in effetto si fosse adempita la formalità in ogni parte. In tal caso, allo stesso processo verbale e al suo redattore sarebbe imputabile una dizione così trascurata e imbarazzante. E il verbale sarebbe perciò nullo? Io non lo credo neppure. *La menzione del giuramento prestato* (num. 3) è incompleta, ma c'è. *La parte materiale dell'atto* sarebbe assicurata. Resterebbe anche qui a discutersi la questione morale, se ciò che dice il verbale faccia fede del perfetto adempimento dell'articolo 242; e sarebbe un giudizio di critica, forse di apprezzamento. Dal complesso di codeste considerazioni può cavarsi un curioso corollario, che vi sono *delle formalità necessarie a perfezionare la testimonianza*, e tuttavia non necessarie a riferirsi nel processo verbale, *in quanto siano condizione della sua validità materiale;* condizione però che viene a mancare *mancando alcuni dei requisiti essenzialmente costitutivi del processo testimoniale.*

Ma annullato il processo verbale, che ne consegue? potrà correggersi e rifarsi, o piuttosto dovrà rinnovarsi l'esame riputandolo come non avvenuto? Porteremo la risposta all'articolo 249.

Articolo 248.

Quando l'autorità giudiziaria abbia ordinato che l'esame si faccia all'udienza, il presidente stabilisce il giorno in cui i testimoni saranno sentiti.

I testimoni sono interrogati dal presidente.

I giudici, chiesta la parola al presidente, possono interrogare i testimoni sulle circostanze intorno alle quali desiderino schiarimenti maggiori.

Le parti possono rivolgersi al presidente, affinchè faccia le interrogazioni che credano di loro interesse.

Il processo verbale dell'esame è sottoscritto dal presidente e dal cancelliere.

Si osservano del resto le norme stabilite negli articoli precedenti.

Articolo 249.

Quando l'esame sia in tutto o in parte dichiarato nullo per colpa del giudice, del cancelliere, del procuratore o dell'usciere, è rinnovato in tutto o in parte a spese di chi ha dato luogo alla nullità.

Il termine per il nuovo esame è stabilito dalla sentenza che pronunzia la nullità, e decorre dal giorno in cui la sentenza stessa è notificata. Non si possono esaminare altri testimoni. Se alcuno dei testimoni già sentiti non possa essere riesaminato, l'autorità giudiziaria tiene quel conto, che di ragione, dell'esame già eseguito.

Articolo 250.

La nullità della deposizione di uno o di più testimoni non importa la nullità delle altre.

Annotazioni.

1 Un interessante passaggio del Carré aprirà la nostra discussione sugli articoli 249 e 250. Molte sono, egli dice, le nullità che possono incorrersi nel processo testimoniale; « mais il importe de remarquer par rapport « à cette peine, que, suivant les circonstances, « elle diffère quant à ses effets. *Quelquefois « elle frappe le corps entier de l'enquête; quelquefois elle n'atteint qu'une ou plusieurs des « dépositions.* Dans un cas, *elle est fatale, et « fit perdre le droit de prouver par témoins* « (articolo 295) tandis que *dans l'autre, elle*

Cerchiamo un momento come possa avverarsi un danno e anche gravissimo. Un testimone non può rinnovarsi, la deposizione rimane nel suo stato di nullità. Il caso è preveduto dallo stesso articolo 249. Con un tratto di equità che onora il legislatore si dice, è vero, nel medesimo articolo: *l'autorità giudiziaria ne terrà quel conto che di ragione*. La clausola alquanto astratta può tradursi in questa, che il giudice *non dovrà averla come prova perfetta, come una testimonianza piena e completa*, la sua coscienza però potrà prenderne un qualche lume, servirà, come suol dirsi, *a schiarimento*. Ora fingiamo che due soli testimoni componessero il processo, e ambidue fossero morti: il difetto sarà talmente sensibile che una vera e forte prova non ci sarà più, e in presenza di una illegalità che per qualche cosa ci deve essere, il giudice sentirà vacillare la sua stessa convinzione e mancare di appoggio. Insomma si avrà puramente e semplicemente un esame annullato, che non può più rifarsi. Sto in dubbio se il legislatore abbia portato sin qui le sue previsioni: forse in questa previdenza avrebbe moderato il rigore della forma, sì perchè il rimedio può tornare inutile, sì perchè una strana condizione è fatta alla giustizia fra una nullità proclamata e la facoltà di giovarsi fino a un certo punto di una prova che più non esiste. L'articolo 250 sembra non aver preveduto dal caso in fuori che alcuna *delle deposizioni* non fosse rinnovabile, e che una parte almeno del processo potesse ricostituirsi. Può dunque venire un danno reale, un danno irreparabile se il processo non potesse più ricostituirsi in parte alcuna. In tal caso il funzionario che fu causa del danno non sopporta le spese del nuovo processo, perchè nuovo processo non può farsi e non dovrebbe neppure rifonder danni, mentre l'articolo 249 non lo impone!

Soluzione. *Effettuandosi un danno dimostrabile e certo* (ponderate queste parole) per non potersi rinnovare l'esame, a questa condizione il *funzionario che ne fu causa dovrà risarcirlo*. In altri termini *l'articolo 249 non deroga all'articolo 59*.

Ragione di decidere sarebbe, che quello nulla detrae alla regola obbligatoria e generale stanziata in questo, e solo appone una modalità particolare al soggetto che ivi si tratta; che l'esame cioè si rinnova, e le spese sono a carico dell'autore della nullità con che in principio si riassume il concetto dell'articolo 59, che contiene anche l'obbligo delle spese.

9. *Procedura posteriore all'esame sino alla udienza*. Cosa si fa, finito l'esame? « Compiuto « l'esame (diceva l'art. 324 del Codice di pro- « cedura civile del 1859), e spirato il termine « stabilito per esso, la parte più diligente « estrae copia dell'esame seguito, la produce « ed offre in comunicazione all'altra parte... « Lo stesso atto conterrà le sue deliberazioni. « — La parte contraria avrà il termine di « giorni quindici per rispondere ».

Ecco tracciato un piano di procedimento di cui non troviamo linea dopo l'articolo 250. Bisogna supplire un po' colla ragione, un po' colle leggi generali che possono aver tratto a questa combinazione. Io credo che tutto ciò si è omesso perchè stimato superfluo.

Il processo verbale, che contiene la prova, dovrà passare senza dubbio in forma autentica negli atti della causa. Per l'articolo 153 del *regolamento sull'ordinamento giudiziario* spetta al cancelliere *rilasciare le copie ed estratti degli atti*, e l'articolo 211 del Codice di proc., 2° capoverso, dichiara che *il processo verbale è prodotto in causa per copia*.

La parte più diligente (che il carico della spedizione e della notificazione incombe a chi vuol promuovere la causa) *dovrà levare la copia dell'intero processo di prova e di riprova* (1), nè basterà ch'egli porti negli atti quello dei due processi che concerne la prova stata eseguita a sua istanza, e che a lui interessa, lasciando alla contraria il fare ciò che stimerà opportuno alla propria difesa. D'ordinario si tratterà di processi verbali separati perchè redatti in diversi tempi. È noto il disputare che si fa in Francia su questo punto di procedura, e gli autori discordano, stando per la spedizione e notificazione completa Thomine, Demiau, Favard de Langlade, Lepage, Carré e Dalloz, e per la facoltà di dividere gli atti Delaporte, Pigeau, e Chauveau, e si reca da questa parte qualche decisione non molto perspicua. La prima opinione, più forte per numero, è certamente preferibile per ragioni, e lasciando il discutere, mi limiterò ad osservare che l'esame, *per quanto sia diviso in parti, è una totalità giuridica* che riceve valore dal suo complesso; nulla presenta di concludente al giudice chi ne presenta una parte sola.

È pure da ritenersi che la notifica dello

(1) « Ita quod ultra non liceat partibus ad reprobationem testium aspirare ». (Cap. *Decr.* 49, *de testibus*).

esame sarà accompagnata *dalle deliberazioni* o conclusioni della parte notificante, e l'altra avrà un termine di quindici giorni a rispondere secondo il prescritto dall'articolo 164.

Ordinava il seguente articolo 325 di quel Codice, che il tribunale *dovesse prima di ogni cosa giudicare sopra le eccezioni di sospetto dei testimoni*, non senza però soggiungere che, se lo stato della causa il volesse; poteva tenersene ragione insieme al merito. È una disposizione che non si ripete nel Codice attuale, ed è una disposizione che io credo tolta dal mondo, e lo meritava, dovendosi lasciare interamente al tribunale il giudizio del modo e della opportunità. Io non vorrei porre come regola che il tribunale non abbia mai a decidere preliminarmente sulle eccezioni personali opposte ai testimoni: ritengo anzi lo debba fare se si tratti *di vera ed assoluta inammissibilità* (articolo 236), ove ne sia formalmente richiesto. La deposizione del testimonio sospetto essendo apprezzabile, si confonde fra gli elementi di prova nella cognizione di merito, non però che i giudici non abbiano a tener conto dei motivi delle date eccezioni, e mostrare di averle prese nella debita considerazione.

Articolo 251.

Chi abbia fondato motivo di temere che sia per mancare uno o più testimoni necessari a far valere un diritto o un'eccezione, può chiedere che i medesimi siano esaminati a futura memoria.

Se vi sia giudizio pendente, la domanda è proposta al presidente nella forma dell'articolo 185.

Se non vi sia giudizio pendente, la domanda è proposta per atto di citazione, in via sommaria, della parte contraria davanti l'autorità giudiziaria competente per la causa di merito.

Il presidente o l'autorità giudiziaria, riconosciuta l'urgenza, ammette il chiesto esame, se la prova testimoniale non sia vietata assolutamente dalla legge.

L'ordinanza o la sentenza sono esecutive non ostante reclamo, opposizione o appello.

L'esame a futura memoria non ha altro effetto che di conservare la prova. Questa sarà efficace allora soltanto che venga ammessa definitivamente. Essa non pregiudica ad alcuno dei mezzi che competono all'altra parte per opporsi all'ammissione definitiva della prova, nè alla deduzione di prove contrarie, e non impedisce alla parte istante di presentare altri testimoni.

Sino a che la prova non sia stata ammessa definitivamente, il processo verbale non può prodursi in giudizio, e il cancelliere non può rilasciarne copia, sotto le pene stabilite nell'articolo 55.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici** *e caratteri generali di questa istituzione.* — Prima della contestazione della lite non si assume esame di testimoni *super negotio principali* può cadere *super exceptionibus dilatoriis ac declinatoriis fori*. Ma non ci sarà limitazione a questa regola, non si potranno mai esaminar testimoni *super negotio principali* prima della contestazione della lite? Gli interpreti del diritto canonico facendosi il quesito, pongono cinque limitazioni che chiamano principali: 1ª nelle *cause sommarie* in cui si procede *simpliciter et de plano*, la contestazione della lite non è necessaria; 2ª nei giudizi contumaciali; 3ª in certi altri giudizi (propri di quei tempi), nei quali si va per via d'*inquisizione super aliquibus excessus*; 4ª quando *de morte testium timeatur, vel absentia diuturna*, e qualche altra urgente e ragionevole causa lo consigli (*Cap. ult.*, § 1, *ut lite non contestata. Clement. saepe contingit de V. sign. Clement. Dispendiosa de judiciis*; *Cap. unic. de litis contestat.* Glossa et Abbas, ibi).

Avvertasi però che questa ultima forma di esame non è ancora la *receptio testium ad perpetuam rei memoriam* che sarebbe la 5ª limitazione); istituzione tutta propria del diritto canonico, nei cui dettati, pieni d'equità,

devi cercarne la origine. Noi civilisti moderni ci curiamo poco di quelle rancide memorie e abbiamo torto perchè c'è da imparare assai. La precipua fonte è il Cap. 41 *de testibus*: « Significavit nobis presbiter N. Sabin. dioecesis, quod fundatores ejusdem ecclesiae liberi esse volentes, fundationis tempore se in ea nihil retinere dixerunt, unde *timens, ne processu temporis probationis copia valeat deperire* provideri super hoc presbiter postulavit. Quocirca mandamus quatenus testes idoneos, quos is super hoc duxerit producendos, *examines diligenter et eorum dicta in publica redigi facias monumenta*, denunciando fundatoribus antedictis vel eorum haeredibus ut receptioni testium, si velint, intersint, *et super denunciatione sic facta*, confici facias publicum instrumentum. » A differenza di ciò che disponeva il Cap. ult. *ut lite non contest.* sopra citato. Trattavasi in questo di una *lite non mossa*, di una lite possibile e temuta, di conservare per quella occasione il deposito della prova che, manchevole di sua natura, sarebbe forse desiderata invano. Il carattere giudiziale vi era impresso mediante la citazione della parte contraria.

2. Questi preliminari, non inutili per se stessi, lo saranno ancor meno per intendere un passo della relazione Pisanelli, confrontato con quella legge. Diceva l'illustre ministro: « Il progetto non ammette ad esempio dei detti codici (di procedura francese ed ex-napoletana, che non l'ammettono) *l'esame a futura memoria*. Ma provvedendo al caso per mancare uno o più testimoni necessari alla difesa del diritto o della eccezione proposta in giudizio, deroga alla legge generale sopra enunciata, secondo la quale è richiesta nel dissenso delle parti una sentenza per l'ammissione della prova. Stabilisce pertanto che la parte interessata potrà chiedere, e il presidente ordinare, che i testimoni siano esaminati in via d'urgenza. » Altri caratteri di questo istituto, ch'era allora in progetto, sono pronunciati nella relazione, e qualcosa se ne riflette nell'articolo 235, che però non riproduce interamente il concetto che diede luogo, e secondo me assai provvidamente, all'esame ad *perpetuam*, seguendo il dettato del precedente Codice sardo, tit. II del lib. VII, e con qualche miglioramento sì nella redazione, che nella sostanza.

3. Osserviamo i vari e più importanti aspetti di questa istituzione.

a) *L'esame a futura memoria può riguardare tanto una lite pendente, quanto una lite futura.* L'esame a *futura memoria* in una lite pendente non è concetto molto perspicuo; abbiamo visto come nel diritto canonico fossero distinte codeste forme.

b) *Del motivo e dei requisiti della istanza.* Il motivo dev'esser *fondato*. Ciò è naturale. Ma quanto sarà diverso il caso di una causa *pendente* e di una causa *futura*? Se la causa è futura, basterà, io credo, un motivo generale: la fragilità della prova testimoniale, la sua naturale labilità, congiunta a una tal quale ragionevole previsione della lite, come or ora dicemmo. Il testo canonico dice infatti *timens ne processu temporis*, etc. Il tempo, ecco il pericolo. Se il giudizio è pendente, se deve anticiparsi sull'ordinario e regolar corso della procedura, sarà d'uopo un motivo *speciale*, una condizione *eccezionale* nei testimoni da esaminarsi (una infermità subita e minacciosa, la necessità di emigrare, ecc.). Senza ciò, stando al pericolo che è inerente a questo mezzo, si affollerebbero le domande per timore di perder la prova, perchè ogni testimonio, *si mane quaeseris*, può non esistere. Questa differenza rende meno tollerabile la deviazione del metodo ordinario, poichè la *lite è pendente*, il giudizio è prossimo, e i mezzi dell'attacco e della difesa si vengono svolgendo nel campo dell'attualità, che la legge si studia di restringere nei termini i più ragionevoli. Ma finalmente in questa condizione di cose l'interesse della prova è ben evidente; l'interesse di preparare una prova per una lite che si farà Dio sa quando e non si farà, può essere più problematico.

Due requisiti occorrono onde sia ammissibile l'esame a futura memoria in contemplazione di lite a venire: 1° *Il motivo della urgenza*. La legge lo vuole (2° capoverso), ma non si ebbe un'idea abbastanza chiara della natura della istituzione, onde la formula enunciante la urgenza diviene imbarazzante, e quasi contrasta al fine. Il testo canonico non pone tal condizione: mentre il pericolo non è istantaneo, solo può verificarsi in un tempo indefinito e si tratta di prevenirlo con una memoria *stabile e duratura*, è una larga e direi generosa provvidenza della legge intesa a mettere in sicuro una verità interessante, che nel momento, e forse per molto tempo, non si può dimostrare. Dove si troverà adunque l'urgenza, poichè bisogna pure trovarla mentre la legge il vuole? La urgenza, che può considerarsi in relazione al tempo che si dovrebbe aspettare, è nella cosa stessa, nel fondato motivo onde si teme di smarrire gli elementi della prova, nella qualità della prova forse per la età e salute dei testimoni più esposta

a perire, e altresì le circostanze di fatto che possono concorrervi.

L'altro estremo è la corrispondenza con un fine *che dev'esser noto, che dev'esser apprezzato dal giudice*. Un autorevole interprete del capitolo *significavit* ci lasciò la seguente illustrazione: *Quando quis timet ne in futurum, super aliquo contractu, vel alio negotio proxime gesto, lis sibi moveatur, neque (per eum) constituatur, tunc potest se petere a judice, ut testes qui contractui ac negotio interfuerunt recipiantur, atque publicentur* (atto pubblico); *atque ad perpetuam rei memoriam, ne videlicet in posterum probationis copia pereat* (Reiffenstuel). La nostra legge quasi non se ne occupa, se non che, dovendo indicare l'autorità giudiziaria, c'invia a quella che sarebbe competente *per la causa di merito*. Vi è dunque un merito che può esser preconizzato, quantunque non possa ancora trattarsi; l'azione o la eccezione avrà in quell'apparecchio un preludio abbastanza significativo, si comprenderà insomma lo scopo e la ragione della prova. Ora io dico che questo scopo dev'essere apprezzato, deve trovarsi abbastanza rilevante, deve trovarsi proficuo il mezzo che si propone, se così non fosse, la domanda dovrebbe rigettarsi. Più ancora, non si ammetterà la esistenza di un vero e stimabile interesse, *senza un carattere di presentaneità*, quasi causam. Tizio ci narra che essendo egli cugino di Sempronio e suo successibile, non avendo altri parenti più prossimi, si troverà un giorno padrone dei suoi possedimenti, e in vista di ciò vuole procurarsi sin d'ora dei testimoni per una lite che intende di fare onde rivocare alla eredità certi beni che ad essa appartengono? Qui la corsa è un poco lunga, ma se ne possono ideare altri degli esempi meno strani. Tenendo l'occhio al caso dedotto dal testo canonico che ho posto di sopra, è facile farsi un concetto del limite entro cui deve necessariamente restringersi l'applicazione di codesto istituto straordinario.

c) *Potendosi istruire il giudizio, sarà lecito egualmente domandare l'esame a futura memoria?* Non lo trovo assolutamente vietato; l'attore potrebbe non avere in pronto i suoi materiali, e intanto è angustiato dal timore di perdere un testimone prezioso: è un soldato che si accinge a marciare col suo reggimento contro il nemico. Ma in simili contingenze è d'uopo stabilire veramente una condizione di urgenza, e non basterà avvisare a pericoli remoti. Questa dottrina è chiaramente esposta dal Richerius, *Jurispr.*, § 841.

Avvete osservato che la legge ci abilita a mettere in salvo con questa provvida misura anco una *eccezione proponibile in una lite che ancora non esiste*. Non dipendendo da me il promuoverla, nè sapendo quando mi potrà essere intentata, io proverò *in minaccia della lite*, estremo indispensabile, e sarò abbastanza fondato in un pericolo generale. In questo caso *testes cujuscumque conditionis audiri possunt* (cioè non *tantum senes, valetudinarii*, etc.). Richerius, §§ 841, 842.

d) *I testimoni saranno sentiti* con giuramento col rito consueto: e la parte che ha interesse di opporsi è citata, e nasce un vero e proprio giudizio: la parte contraria può assistere all'esame. Con questo metodo si è potuto abrogare la vecchia pratica, adottata già dalle RR. Costituzioni e dannata dalle leggi canoniche, di obbligare colui che aveva ottenuto questo diritto, a citar l'altra parte *ut adsit jurejurando a testibus praestando*.

e) Contuttaciò *se la prova è definitivamente ammessa, nè il testimonio ha compito le parti sue*. Vero è, come io testè diceva, che un primo scontro nasce fra le parti in questo preliminare giudizio, che il giudice può respinger la prova come inammissibile di diritto, o la domanda come infondata, ma tutto con ciò, non si è ottenuto che il *deposito e la conservazione della prova*, la quale rimane occulta ed incomunicabile: di maniera che, aprendosi la lite, si riaccende la questione sull'ammissibilità della prova, che in virtù di contrarie produzioni potrebbe tuttavia rigettarsi, e i testimoni stessi, se viventi, possono essere di nuovo esaminati.

§ 4

Della perizia.

Articolo 252.

L'ordinanza o la sentenza, che ammette la perizia, ne enuncia l'oggetto, stabilisce il termine entro il quale dev'essere presentata la relazione, e delega un giudice per ricevere il giuramento del perito.

ciarsi l'arbitrio delle parti 1° *sull'adozione del mezzo di prova*, poichè se le parti convengono nella perizia, *jus esto*, e meno rarissimi, casi, può dirsi cosa fatta, 2° *sul numero dei periti*; 3° *sulle persone dei periti*. Non parliamo della prima di codeste facoltà, che è posta più direttamente sotto la sanzione dell'autorità giudiziaria, facoltà che, anche rimanendo inerte, non punto eccitata, non impedisce l'ordinamento d'una perizia per immediato ministero del giudice. Parliamo delle altre, e vediamo sino a quale stadio del processo possano esercitarsi. Vi ha uno stadio di diritto in quello l'arbitrio delle parti si esercita assoluto è lo stadio precisamente delineato da questo articolo 253, e si chiude colla *ordinanza o sentenza che ammette la perizia*. L'autorità giudiziaria si è surrogata, com'è di ragione, all'arbitrio delle parti, ha pronunciato. Ora dunque trattasi di sapere se da questo punto la volontà delle parti, risorgendo in un comune accordo, possa fare ciò che non ha fatto *precedentemente* (parole della legge), nominare un solo perito invece di tre, un perito invece di un altro. In altri termini, *se transigendo fra loro* possano le parti immutare in questo senso il giudicato. E io sono d'avviso che *sino a lavoro incominciato dai periti nominati dal tribunale*, e che non potrebbe più interrompersi senza confondere gli elementi della prova e creare un ibrido processo sopra un altro processo, io sono d'avviso che sin là, ove per me *res est adhuc integra*, le parti possano di concordia arbitrare e sul numero e sulle persone nel comune interesse. La legge non ha altro scopo che di tutelare questo interesse della giustizia, ma per ciò stesso la qualità della domanda, la natura ed entità della causa, potranno consigliare al giudice delle restrizioni. Se trova, per esempio, che il numero di tre periti deve mantenersi, non viola veruna legge resistendo alla volontà delle parti che ne richiede un solo in una vista di economia che male si accorda colla vastità dei quesiti che si denno risolvere; se un perito meno capace volesse introdursi, il giudice non viola veruna legge serbando quello più abile che ha prescelto. E in questa guisa la tardiva opposizione e il ripentirsi delle parti che non approfittarono in tempo del loro diritto (che non è mai in tutto sciolto da ogni freno) ha dato in qualche modo una prevalenza ai rigori della giustizia, senza perdere per ciò il diritto di essere ascoltate nelle loro giuste osservazioni.

4. Quanto alla forma della dichiarazione, riporterò questo passo di Colmet-Daage « Le « choix peut se faire ou par une déclaration « au greffe par les parties assistées de leurs « avoués, ou par une déclaration verbale faite « à l'audience, ou par les avoués ou les avo- « cats assistées des avoués ». Quest. 3, p. 79.

Articolo 254.

Non possono essere d'ufficio nominati periti coloro, che, a termini dell'articolo 236, non possono essere sentiti come testimoni.

Possono essere ricusati solamente i periti nominati d'ufficio, eccetto che i motivi di ricusazione siano sopravvenuti dopo la nomina fatta dalle parti.

I motivi di ricusazione dei periti sono gli stessi che i motivi di ricusazione dei giudici.

Articolo 255.

I motivi di ricusazione anteriori alla notificazione dell'ordinanza o della sentenza che contiene la nomina dei periti d'ufficio, debbono essere proposti entro otto giorni dalla detta notificazione, salvo che nei casi d'urgenza un altro termine sia stabilito nell'ordinanza o nella sentenza.

I motivi di ricusazione sopravvenuti dopo la nomina dei periti, fatta d'ufficio o dalle parti, possono essere proposti sino a che non sia prestato il giuramento.

Annotazioni.

1. *Sulla qualità e capacità dei periti.*

Bella disposizione è quella della prima parte dell'articolo 254 conforme all'articolo 337 del precedente Codice, e tiene alla *qualità morale del perito*. In prima essa rientra nel prescritto dell'articolo 236, rimuovendo così per assoluto le seduzioni di una parentela troppo stretta e di un interesse manifesto; nè la sug-

Per una combinazione che vien fuori inaspettata, rompendosi d'improvviso una lite fra terzi, si produce da una delle parti una convenzione privata, dalla quale risulta che il sig. *B.*, che io elessi perito in una controversia sociale, è nientemeno che un socio del mio avversario e cointeressato in causa: e capite bene che io ho tutto il diritto di più non volerlo e di ricusarlo. Dev'essere di lui come del giudice *in eadem causa*. Non importa dire che la presunzione sta sempre per la cognizione; e anche oltre la cognizione dee presumersi la rinuncia ai difetti di minor conto: ma c'è un limite, e non può ritenersi implicitamente accettato nel perito un deciso avversario.

b) Ma ogni attacco deve cessare *appresso il giuramento?* Altre dottrine, che sorgono ancora in nome dell'equità, vengono insinuando che dopo il giuramento eziandio, dopo l'operazione, al di là persino del processo verbale, per cause sopravvenute, sono ricusabili i periti (Pigeau, *Comment.*, t. I, pag. 561, corte d'Amiens, 7 dicembre 1822, *Journ. Av.*, t. XII, p. 736, corte di Chambéry, 2 settembre 1859, *Goddat. utr.*). Suole per altro porsi mente in principal modo se il giuramento sia stato prestato *subito dopo la nomina*, o dopo un congruo termine. La nostra legge stabilisce nei casi ordinari il termine di otto giorni, che è sufficiente ad ogni ulteriore indagine. Ma bisogna finirla. La legge è troppo chiara, troppo precisa: prestato il giuramento, la polemica del sospetto è chiusa.

3. *Sulla decorrenza del termine degli otto giorni.*

L'art. 309 del Codice di procedura francese vuole che l'atto di ricusa si faccia *entro tre giorni dalla nomina dei periti*. Dubbio quindi se dalla pronuncia o dalla notificazione della sentenza. Per noi il dubbio non c'è: la notificazione della ordinanza (eziandio consenzienti le parti emanata) e della sentenza, è sempre il punto di partenza del termine. Il termine è puro, non avendo le parti ulteriore e legale diritto di evitare i periti nominati dal tribunale con una nomina consensuale, come si può fare secondo quella legislazione nei tre giorni seguenti. Ciò è da ritenersi senza pregiudizio di quanto osservai superiormente nell'Annotazione 3ª dell'art. 253. *Diritto legale* delle parti io chiamo quello che, essendo scritto nella legge, è imposto allo stesso tribunale; io ammisi invece *una facoltà* di chiedere la sostituzione di periti di comune confidenza, facoltà che non esclude quella del tribunale di non accordarla secondo le prefate osservazioni.

Avverto però che se la pronuncia fu in contumacia, dovrà decorrere innanzi il termine dell'opposizione; e se la sentenza è appellabile, il termine ad appellare.

4. Non sfuggirà all'attento causidico che, in fatto di termini, l'art. 255 ha due parti ben distinte, giusta il vario oggetto della proposta. *Il primo periodo* parla dei motivi di ricusazione *anteriori*, e fissa il termine di giorni otto. *Il secondo* tratta *dei motivi sopravvenuti*, e il termine si prolunga fino alla *prestazione del giuramento*.

Articolo 256.

L'atto con cui si propongono i motivi di ricusazione deve contenere la produzione dei documenti giustificativi, o l'offerta della prova per mezzo di testimoni sui fatti specifici di ricusazione.

L'atto di ricusazione è notificato anche al perito ricusato.

Annotazioni.

1. La ricusazione è di sua natura *sospensiva*.

2. I motivi devono essere *specifici*; e nel novero di quelli che la legge formulò nell'articolo 116. Il perito dal canto suo potrà riconoscere la giustizia dell'appunto, o senz'altro ritirarsi; e con ciò la questione è finita.

3. La forma dell'atto è regolata dall'articolo 123.

4. *L'atto di ricusazione è notificato anche al perito ricusato*, oltre cioè la notificazione che dee farsi alla parte contraria. Noto che l'art. 124, discorrendo del giudice, si esprime — *l'atto originale è comunicato al giudice* — specie di convenienza riserbata al giudice, che non vedrà la faccia poco simpatica dell'usciere. Al perito ricusato *l'atto si notifica*. E allora non si tratta più *dell'atto originale*, ma la notificazione si farà come un'altra.

La notificazione fatta al perito denota forse che lo stesso perito sia a considerarsi come una parte in causa che possa prender la parola e difendersi? Ne daremo qualche cenno all'articolo 258.

Articolo 257.

La sentenza che ammette la ricusazione nomina altri periti.
Questa sentenza non è appellabile.

Annotazioni.

1. La pronuncia in tema di ricusazione è sempre *una sentenza*, superando la giurisdizione del giudice singolare, presidente o delegato. Eccezionale nella famiglia delle sentenze essendo *inappellabile* qualora la ricusazione venga accolta, la ragione della sua inappellabilità è posta nella convenienza di conservare e mantenere l'operazione dei periti surrogati a quelli che furono espulsi in forza della medesima sentenza sentenza che in ogni caso sarebbe stata provvisoriamente eseguibile (articolo 311 del Codice precedente). Questa è la ragione principale. Imperocchè dove, reintegrato il perito nel giudizio di appello dovesse poi rifarsi la operazione già da altri compita, ognun vede quale disordine, quale sconcio ne verrebbe; e se non deve poi rifarsi, il giudizio d'appello sarebbe completamente inutile.

2. Qui non è traccia della procedura da tenersi. Dovendo ricorrere all'analogia, *è forse praticabile quella descritta nell'articolo* 121? Il tenore del presente articolo, che parla di *sentenza* e non fa motto di *ordinanza* come sempre suolsi quando occorre, persuade che non trattasi di una domanda incidentale proponibile al presidente o al giudice delegato. La domanda di remozione del perito si farà quindi al collegio.

Articolo 258.

Quando la ricusazione sia rigettata, la parte che l'ha proposta è condannata al risarcimento dei danni verso l'altra parte e verso i periti che ne facciano domanda per essere stato leso il loro onore Nel caso di questa domanda i periti cessano dal loro ufficio

L'appello dalla sentenza che rigetta la ricusazione deve essere proposto nei giorni quindici dalla notificazione, con citazione a comparire in via sommaria entro un termine non minore di giorni cinque, ne maggiore di quindici.

Annotazioni.

L'appello adunque, negato dalla sentenza che ammette la ricusazione, è concesso da quello che la rigetta. E ciò lo credo, in vista delle conseguenze che ne derivano conseguenze di risarcimento di danni verso l'altra parte e verso il perito che si chiami offeso nell'onore: e può esser cosa gravissima.

Questione. — *Il perito ricusato può intervenire in causa e assumere le proprie difese?*

Può dirsi per l'affermativa che il perito ha sempre un interesse, e talvolta assai grave, affinchè la domanda sia respinta: questo medesimo articolo lo dimostra nell'azione che gli concede al risarcimento dei danni. Si lascierà egli battere senza difesa confidando in quella parte che dovrebbe appoggiare la sua nomina ma che forse indifferente o non curante non vorrà troppo combattere per lui? Perchè non sarà scritto anche in favor suo l'articolo 201, che non respinge mai l'intervento di veruno che abbia interesse nella lite? L'argomento non acquisterebbe tanto maggior forza dal considerare che *non è appellabile la sentenza che ammette la ricusazione?*

Le osservazioni sono gravi, contuttociò ritengo la negativa, semprechè il quesito si estenda al proprio e vero intervento in causa, e quindi si tratti di una discussione propria e contraddittoria. Che il perito possa dichiarare negli atti mediante spontanea comparsa lo stato delle cose, dissipare l'accusa, giustificarsi, il negarlo sarebbe ingiustizia manifesta e senza scopo. Sì, il perito potrà farlo; e facendolo con dignità, con calma, e puramente e semplicemente nel senso del vero, resterà al suo posto senza scapito dell'onor suo, anzi con arrota di fiducia. Del resto egli è più presto *oggetto* che *soggetto* della lite, come mi espressi parlando del giudice. Non ho mai visto il perito intromettersi come gladiatore in una lotta di ricusazione, frammischiarsi fra i combattenti, quasi anelante di dare dei pa-

ferì che gli interessati non amano di avere da lui. In queste materie delicate già la mostra di volere, portata sino al calore del litigio, basta a toglier confidenza: con ciò il perito rinuncia di esserlo. Quindi è, che ammetter l'intervento in causa equivarrebbe all'esclusione dell'interveniente come perito, e per così spiegarmi, egli entrerebbe per uscire. L'interesse che la legge contempla nell'articolo 201 è *interesse di lite*, e suppone la partecipazione di diritto nella questione che si agita. Interesse di questa natura il perito non ne ha, nè può avere. L'ho già detto: appena egli concepisca un simile interesse, cessa di esser perito. Il non attribuire diritto di appello, se la sentenza ammette la ricusazione, è anche argomento che il perito deve rassegnarsi alla risoluzione del tribunale, e restare in disparte.

Articolo 259.

Dopo la nomina dei periti, il giudice delegato, sull'istanza di una delle parti, premessa la citazione dell'altra e dei periti, riceve il giuramento di questi, e stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui essi cominceranno le loro operazioni; e, quando ne facciano domanda, determina la somma da depositarsi nella cancelleria anticipatamente per le spese.

I periti devono giurare, nella forma stabilita dall'articolo 226, di procedere fedelmente nelle operazioni loro commesse nel solo scopo di far conoscere ai giudici la verità.

Articolo 260.

Quando il perito non accetti la nomina, o non comparisca nel giorno e nell'ora indicati per prestare il giuramento, o per eseguire la perizia, è nominato d'ufficio, colle norme stabilite negli articoli precedenti, un altro perito, se le parti non siansi accordate in questa nomina.

Il perito, che, dopo avere prestato giuramento, non comparisca nel giorno ed ora stabiliti per l'eseguimento della perizia, può essere condannato alle spese e al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. *Si rinunzia alla nomina* anche col fatto semplice di non comparire a prestare il giuramento nel cominciare la operazione della perizia che, come si vede, si assume in presenza del giudice con un processo verbale in giorno determinato. I periti non sono obbligati a metter mano al lavoro *se non si anticipano le spese;* e il nuovo Codice ha fatto bene ad averlo in vista. I francesi disputano anche di questo nel difettoso loro Codice; e troviamo autori che rigettano codesta pretensione dei periti (Favard de Langlade, t. IV, pag. 704, Thomine, t. I, pag. 519). Pothier, colla legislazione del suo tempo, la trovò cosa ragionevole, ma disse che non era in uso, *Trattato della procedura civile*, part. I, cap. III). Però devono *farne domanda;* e la parte non sarà tenuta al deposito prima del giuramento.

2. Il perito *può esser condannato*, e può anche non esserlo, giustificando l'assenza sua al giorno destinato.

3. La rinuncia o il mancare del perito per una causa qualunque, riconduce lo stato del processo a quello che era innanzi, a quello cioè previsto dall'art. 258: *Si nomina dalle parti*, o supplisce il giudice.

Del procedimento. I proceduristi francesi lamentano a questo luogo una lacuna del Codice, e si domandano in qual modo succederà codesta surrogazione (Chauveau in Carré, questione 1191 bis). Il nostro articolo è alquanto più esplicito del 316 francese, dicendo: « è nominato d'ufficio, *colle norme stabilite negli articoli precedenti*, un altro perito... ». Norme per altro rispondenti al caso, non si trovano negli articoli precedenti. Laonde, se altri domandi: *il giudice pronuncia forse il decreto di surrogazione in quella medesima udienza in cui si verifica la mancanza del perito eletto, o piuttosto si deve promuovere apposita istanza avanti lo stesso giudice, o al presidente, o al collegio*, e in qual termine si farà la nomina convenzionale e dopo quale non potrà più farsi? gli articoli *precedenti*, lo credo, non vi risponderanno. Facendoci aiutare un po' dalla logica, un po' da regole d'analogia o da qual-

che altra cosa, diremo che, dovendo le parti di nuovo arbitrare sulla nomina del perito, il processo verbale si limiterà a constatare il difetto del perito e la decadenza in cui è incorso per dar luogo ai provvedimenti surrogatorii. Che il giudice possa nel medesimo congresso punire il perito delle spese e del risarcimento dei danni, non opino neppure, fermo che in quel momento non pronuncierà decreto. Tale pronuncia delle spese e dei danni si farà insieme alla nomina del nuovo perito, non mai d'ufficio, ma previa istanza di parte, non incorrendosi tale condanna *ipso jure*. L'incidente è proposto allo stesso giudice delegato, sopra stragiudiziale istanza, a forma dell'art. 181 destinerà il giorno e l'ora dell'udienza avanti di sè; il decreto si notificherà all'altro procuratore. Si converrà nella persona di un altro perito? Bene; se no, il giudice nomina altro perito d'ufficio con ordinanza che pure sarà notificata. Può sollevarsi contestazione anche grave. È il caso di surrogare il perito? È vero che egli non comparve nel giorno destinato forse perchè passò l'ora ch'era stata prefissa, sedendo tuttavia il giudice nello stesso luogo. Il perito ha giustificata o no la sua mancanza? Se l'ha giustificata, si deve non solo assolvere dalle spese e danni, ma anche mantenerlo nella sua funzione di perito malgrado l'espressione così secca e così recisa dell'articolo 260? Ecco delle questioni che il giudice delegato rimetterà *al giudizio del tribunale*, giusta il disposto dell'articolo 181.

Articolo 261.

La copia dell'ordinanza o della sentenza, nella parte che determina l'oggetto della perizia, e i documenti necessari, sono consegnati ai periti non più tardi di giorni cinque da quello del giuramento.

Articolo 262.

Le parti possono fare ai periti, nel corso delle loro operazioni, le osservazioni che credano del proprio interesse, e di queste deve farsi menzione nella relazione.

Articolo 263.

Quando i periti non possano terminare l'operazione nel giorno indicato, questa è da essi prorogata ad altro giorno ed ora certi, senza bisogno di citazione nè di notificazione.

Se i periti non possano compiere le loro operazioni nel termine stabilito, possono prima della scadenza domandare una proroga.

La proroga è domandata con ricorso al presidente, il quale, udite le parti, provvede.

Annotazioni.

1. L'articolo 261 suscita un dubbio singolare, se del basi consegnare *la copia della ordinanza o della sentenza che determina l'oggetto della perizia*, quella cioè che ammette la perizia secondo l'art. 252; se ne arguisce di più che tale ordinanza non fu prima notificata, e di fatti nel corso di questo capitolo non si vede punto tale notificazione prescritta. Ma come impareranno i periti di essere stati eletti? Se all'adempirsi dell'art. 259, cioè alla citazione che li invita a prestare il giuramento, essi saranno digiuni d'ogni notizia, come potranno decidersi ad accettare l'ufficio? O non potranno accedere ad un giuramento, o gioreranno nell'ignoto e senza conoscere quale importanza abbia la grave promessa che fanno. Anche questa è una lacuna? Checchessia, ci guidi la logica, ci consigli il buon senso, e si *notifichi al perito l'ordinanza o sentenza della sua nomina prima di citarlo a giurare*. Poco importa se avremo una superfluità, non dannosa però, non inutile, nel precetto posto in capo dell'articolo 261.

2. La legge non dice, e non può dire, che le parti saranno, volendo, *presenti* alle operazioni dei periti; o in un modo piuttosto che in un altro, cioè in voce piuttosto che in iscritto, siano per comunicare *le osservazioni che credono del proprio interesse*, delle quali in ogni caso *sarà fatta menzione nella relazione*. La legge suppone ciò che non è guari possibile; che la operazione dei periti si svolga da prin-

cipio a fine sotto gli occhi del giudice quindi si fissa *il giorno e l'ora per eseguire la perizia* (art. 260), *e se nel giorno indicato* non possa eseguirsi, *l'operazione è da essi prorogata ad altro giorno ed ora certi senza bisogno di citazione o notificazione* (articolo 263), ma si prosegue dicendo che, *non potendosi compiere l'operazione nel termine stabilito*, si può prima della scadenza domandare una proroga, e il presidente, *sentite le parti, provvede*.

3. Vi è dunque una proroga che dànno a se stessi i periti, e un'altra che devono chiedere al presidente. L'affare delle due proroghe si spiega così *l'ordinanza o sentenza che ammette la perizia stabilisce il termine entro il quale dev essere presentata la relazione* (articolo 252) Questo è il termine generale, la cui durata rappresenta quella della facoltà degli stessi periti (articolo 268) Ma dentro questo spazio essi regolano il tempo alla loro propria operazione, e ciò è ben giusto basterà solo che si mantenga acceso il giorno in cui *si eseguirà la perizia*, ossia si presenterà dai periti insieme raccolti, al cospetto del giudice e in presenza delle parti se vogliono intervenire, il risultato del loro esperimenti e dei loro studi. (Il perito o uno di essi, con incarico degli altri, comparirà avanti il giudice, e il cancelliere farà nota dell'aggiornamento).

4. La proroga si chiede *al presidente, non al giudice delegato*. Io, che non amo l'ampliamento delle delegazioni perchè l'autorità s'indebolisce passando di mano in mano, e ne scapita la coesione del lavoro giudiziale, sento che il giudice delegato ebbe circoscritti i suoi poteri dalla ordinanza o sentenza che impose il primo termine (articolo 252), nè può dare a sè, mediante una proroga. dei poteri maggiori.

Due domande si potranno fare. *Se la perizia fu ordinata con sentenza, e così dal collegio, il presidente conserva la facoltà che gli attribuisce l'articolo 263, capoverso 2°, di accordare la proroga?* Il dubbio non è grave la legge non distingue. Nè si oppone la logica giuridica non si tratta di bilanciare l'autorità del tribunale che pronunciò la sentenza, ma di custodirne l'effetto modificandola in una parte accidentale.

Il presidente può delegare in genere, almeno per un certo tempo, *la facoltà a lui attribuita nella materia degli incidenti* (art. 186). *In tal caso cessa forse l'applicazione del presente articolo 263?* Veramente noi siamo in termini di una facoltà speciale, di una facoltà che emana da questa legge, e non da un'altra più generale e più comprensiva. Sotto più aspetti l'atto determinativo della proroga si distingue da quello in cui si risolve un incidente iniziale, non si può insomma fare inferenza da questo agli articoli 181 e 186. Osservata dunque rigorosamente la parola del testo.

Articolo 264.

I periti fanno una sola relazione, nella quale devono esprimere un solo avviso motivato a pluralità di voti.

In caso di divergenza di opinioni fra i periti si esprimono i motivi delle diverse opinioni senza indicare il nome dei periti che le hanno espresse.

I periti non possono corredare la loro relazione di piani e tipi, salvo sia stato loro ordinato con l'ordinanza o con la sentenza, o vi sia consenso delle parti

Annotazioni

« La perizia (si legge nella relazione Pisanelli), quando più persone ne sono incaricate, è un'opera collettiva, un lavoro fatto in comune. Non si fa pertanto che una sola relazione, nella quale i periti devono esprimere un solo avviso motivato a pluralità di voti. — Ma nel caso di divergenza di opinioni si dovrà soltanto esporre i motivi delle diverse opinioni, o si dovrà anche indicare il nome degli autori della medesima? Il progetto stabilisce che si debba far constare dei motivi del dissenso e non mai della persona dissenziente » Il ministro ne dava le ragioni giustissime proseguendo il discorso con più parole che a noi non faccia mestieri. La ragione è che tutta la forza, trattandosi di un perito, sta *nel valore della opinione*, la manifestazione del nome potrebbe nuocere anzichè giovare, e mi valgo anche qui delle parole della relazione « quando si pensi che la potenza dei nomi è lenocinio per accreditare false opinioni ». La pubblicità non è poi buona per ogni cosa; onde io stimo inopportuno zelo di pubblicità quello dei legislatori di Ginevra che tennero il contrario Del resto, cominciando dal Codice francese, questa idea è stata sempre eseguita, e non è una novità.

I periti possono convenire in una conclusione *per motivi differenti*, che in tal caso devono esprimersi.

Articolo 265.

Quando tutti i periti sappiano scrivere, la relazione dev'essere sottoscritta contemporaneamente da tutti i periti, in presenza del cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha ordinato la perizia.

Se i periti o alcuno di essi non sappiano scrivere la relazione è letta dal cancelliere in presenza di tutti i periti, ed è sottoscritta da quelli di essi che sanno scrivere.

Il cancelliere fa risultare di ogni cosa con processo verbale in fine della relazione, la quale rimane depositata nella cancelleria.

Annotazioni.

1. *La relazione e il processo verbale* della perizia sono cose diverse. Il processo verbale è, come sempre, una storia. Il processo verbale non è uno come la relazione, ma si divide, o può dividersi, in parti, in altrettanti processi verbali distinti, rappresentanti i vari momenti dell'azione peritica, raro essendo che nel primo possa compiersi. Vi è il processo verbale di apertura e quello di chiusura, anche dei fatti intermedi potrebbero richiedere un processo verbale. L'articolo non accenna che all'ultimo, e tien conto separato della relazione: la relazione è sottoscritta dagli stessi periti, il cancelliere la riceve e descrive i modi. Il Codice attuale ha moderate certe pesanti formalità prescritte dal precedente. Se i periti sanno scrivere, sottoscrivono la relazione *in presenza del cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha ordinata la perizia.* Si fa a meno della lettura. L'articolo 349 del Codice del 1859 voleva la lettura ad ogni modo. Se niuno o alcuno dei periti non sa scrivere, *la relazione si legge*: l'articolo 350 comandava *al segretario di scrivere di sua mano la relazione in presenza di tutti i periti, e previa lettura.* Bastava alla consegna della relazione *la presenza del segretario del tribunale che aveva ordinata la perizia*, e in questo la legislazione non è cangiata.

2. **Questioni di nullità**, *se queste o simili formalità non sono state osservate.*

a) Ha detto il Dalloz che *la plus part des formalités* (relative alle perizie) *ne sont pas prescrites à peine de nullité et ne sont pas substantielles* (*Répertoire*, n° 18, 187, 203, 207, 223). La stessa parsimonia di clausole annullative nel nostro sistema come nel francese, per cui il Dalloz crede di poter concludere che il male sarà che i periti perderanno i loro onorari, e forse si farà una nuova perizia. Questo autore adunque non sa vedere formalità sostanziali di nessuna maniera quando si tratta di un processo peritico; altri non meno autorevoli, delle formalità sostanziali ne incontrano più d'una (Berriat Saint-Prix, p. 305, not. 3, Favard de Langlade, t. IV, pag. 405, v° *Rapport des experts*, n° 5, ecc.) ma resta ancora a chiarirsi quali siano. Vi ha una opinione che può dirsi media, opinione che crede che la legge sia scritta per qualche cosa. Ma distinguendo fra *irregolarità* e *nullità*, ritiene che quando le irregolarità siano in qualche modo irreparabili, si potrà ordinare dal giudice il rinnovamento della perizia (Carré, quest. 1199). La giurisprudenza francese è anche più varia, disforme, inconcludente, delle dottrine.

Vizi possono essere *nella relazione*, vizi *nel processo verbale*: distinguiamo. I vizi della relazione sono *interni* o *esterni*: *interni* quelli che per es., riguardano la espressione dei voti, la motivazione, ecc., *esterni* se la relazione non è sottoscritta; o, essendo i periti illetterati, non fu letta dal cancelliere, ecc. Il processo verbale è vizioso se omette qualche parte importante della storia a lui affidata, se manca la firma del redattore, che è lo stesso cancelliere, ecc. I vizi della prima maniera, concernenti il tessuto razionale della perizia e il suo metodo discorsivo, potranno subire nell'ordine ideale la loro condanna, l'esposizione confusa, l'amalgama di opinioni confliggenti, il difetto di motivi faranno luogo ai provvedimenti dell'articolo 269. Ma *all'ordine materiale* appartiene la mancanza di sottoscrizione, di lettura, ecc., o se altro funzionario, fuori di quello che la legge destina a tali atti, con un certo rilevato proposito si fosse arrogato eseguirli. Tratterebbesi in tal caso di una relazione sfornita di autenticità, senza efficacia, e ci potrebbe lasciare indecisi perfino della sua esistenza.

Tutto questo così abborracciato, sformato e senza carattere legale, non sarebbe per av-

venture nulle? Vi è qualche cosa che non sia sostanziale in codesta serie di guarentigie che intendono a far sì che non si riceva qual opera dei periti eletti ed espressione dei ponderati loro giudizi, qualunque carta si presenti, qualunque favola o plagio si compiacesse di narrare qualche schernitore della giustizia e, in termini più generali, intendono ad assicurare il vero giudicato? Questo è, e non può negarsi, imperocchè niun giudice o tribunale fermerà la sua attenzione e fonderà i suoi argomenti sopra una perizia giudiziale che non avrebbe esistenza legale, e se il facesse, la sua decisione sarebbe inesorabilmente colpita dalla censura della cassazione.

Vi è dunque nullità. Ma la nullità ravvolge forse tutta la operazione da capo a fondo o percuote soltanto l'atto della sua presentazione, e quali effetti sono per derivarne?

Per queste ricerche, io credo, si entra nella via della soluzione. È chiaro, che rimanendo la relazione in quello stato d'imperfezione e d'illegalità, non vi avria membro che tenesse fermo, non sarebbe una cosa. E nondimeno una volta che fosse riparato al difetto della presentazione, il lavoro dei periti ricomparirebbe in tutta la sua efficacia di operazione giudiziale, non in quanto risanato fosse da vizi che portava dentro di sè, ma in quanto fu posteriormente stabilito il rapporto tra esso e i propri suoi autori, di cui per un momento mancò la prova. In tale condizione di cose sarà forse, e per questo solo motivo, ordinata una nuova perizia quasi la perizia stessa fosse nulla? No, e poi no; si ordinerà la correzione dell'atto di presentazione, una ratifica, un apporre di firme ove non furono apposte con una applicazione dell'articolo 249, analoga ai suoi principii. Ecco tutto. Pertanto sarebbe errore il dire *che non si tratta di forme sostanziali*, quasichè il fare e il non fare, lo stare colla legge o contro la legge, sia tutt'uno; ma il rimedio sarà semplice, facile e coerente allo scopo della legge, che veramente è, secondo il pensiero di Dalloz, uno scopo di conservazione in tema di perizie le quali mirando ad aiutare le ricerche del giudice e la verità, non devono, per quanto è possibile, soggiacere in modo alla tirannia della forma da diventare un vero impaccio e quasi materia fornita dal giudice medesimo a rinascenti litigi.

E soltanto si ordinerebbe la nuova perizia (V. l'articolo 259) ove l'atto di presentazione non si valesse a potersi regolarizzare.

b) *Del processo verbale.* La fede delle cose operate è nel processo verbale. Per due cagioni il processo verbale può tornare inesistente, o per vizi suoi propri come processo verbale, o per esprimere fatti giuridici irregolari e nella loro forma censurabili. Se il processo verbale mancasse nel presente caso della sottoscrizione del cancelliere, non avrebbe esistenza, e per conseguente la relazione dei periti, comunque atto distinto per se stesso, non avrebbe per essa esistenza giuridica, essendochè il processo verbale va ad essa unito e ne forma parte integrante. La nullità di un processo verbale è di natura che non può esser sanata dal silenzio o dall'adesione espressa delle parti (Bonnier, *Procès-verbaux*, n° 209). Una distinzione però importantissima deve farsi in ordine ai processi verbali *in genere*. Il processo verbale contiene talvolta tutta l'importanza della causa, fondamento e prova dell'azione, l'azione stessa perisce con lui. Una contravvenzione a legge di polizia o doganali è constatata dal processo verbale. In questo caso il processo verbale non è solamente un *atto della procedura*, ma un *documento*. Anche in materie civili il processo verbale può contenere tutta la forza della prova e gli elementi sostanziali dell'azione, come in tema di falsità di documenti giudiziali che per esso è stabilita. Nel caso attuale non cessa di essere un atto estrinseco alla relazione dei periti, quantunque suggello di sua autenticità e condizione di sua esistenza giuridica. Irregolare, può rifarsi, lasciando intatta, anche nel suo materiale, la operazione dei periti.

c) *Sul rifiuto di sottoscrivere la relazione per parte di alcuno dei periti.* Anche qui delle questioni. A noi basteranno poche parole, potendosi richiamare le avvertenze che noi stessi abbiamo fatte su tale questione ai §§ 351 e 352 del *Commentario sul Codice sardo*. Osserva il Dalloz che quando l'opera peritica è stata lavorata in comune e si è ottenuto un risultato collettivo, *il serait souverainement injuste de priver les parties du bénéfice du rapport, et on applique par analogie l'art. 1016 du Code civil*. Ma quale analogia? Essere sufficiente la soscrizione della maggioranza. Si dice che un lavoro collettivo si sostiene col concorso della maggioranza, la quale colla sua adesione e soscrizione prova che il lavoro è stato fatto, ed è precisamente quello, ed uno che nega o vuol fare una cosa contro ragione, non deve mica dar la legge a due, e a questi si presterà sempre più fede che ad un solo. Ma diremo, è un discorso giuridico? La soscrizione materiale o l'adesione formale è necessaria solo perchè è *integrazione e complemento* della perizia, perchè un perito potrebbe sul fine pentirsi delle sue proprie opinioni, pen-

tirsi del suo concorso e abdicare l'opera assunta e condotta sino a quel punto. Male per lui perchè avrebbe incontrate delle responsabilità gravi, ma all'ultimo il perito è libero delle sue opinioni sino a quella solenne ratifazione e conferma che fa in giudizio. Insomma non vi sarebbero che due periti in luogo di tre; bisognerebbe surrogargli un altro. È un errore il credere che *la collettività importi solidarietà*. Tanto non importa solidarietà che i periti lavorano *insieme*, conferiscono *fatti e pensieri in comune*, ma la *loro individualità* si manifesta nell'opinione e nel voto, e nei motivi, e nelle ragioni del discorso, e non si tratta di provare un'adesione, ma di prestarla in effetto.

Io sento bene che diversa ipotesi è quella in cui si dimostrasse che il perito che figura dissenziente non ha potuto presentarsi, o la sua adesione complementare mancò per impotenza, o ch'egli non si è volontariamente rifiutato.

Articolo 266.

Il presidente può ordinare che la relazione dei periti sia ricevuta dal cancelliere della pretura del mandamento in cui la perizia fu eseguita, o di quello della residenza di uno dei periti, e il cancelliere trasmette immediatamente la relazione in originale alla cancelleria dell'autorità giudiziaria che ha ordinata la perizia.

Articolo 267.

L'onorario dei periti è tassato dal presidente con ordine di pagamento in margine del processo verbale, e il provvedimento ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva contro la parte che ha chiesto la perizia, e, se questa fu ordinata d'uffizio, solidalmente contro tutte le parti interessate.

Annotazioni

1. *Parti interessate* quali sono? Potrebbe supporsi che tutte le parti che stanno in giudizio siano interessate in questa prova che è di sua natura complessiva e fatta nell'interesse della verità, che infine è l'interesse di tutti. Contuttociò la discretiva che risulta da questa espressione deve avere un qualche significato: la legge non ha detto *tutte le parti che sono in causa*. Invero si può concepire una questione ristretta fra alcuni dei molti contendenti che stanno in giudizio. Apertosi un concorso universale, non si tratta che di eliminare una controversia nata in confronto di uno o pochi creditori del concorso; e a ciò si è istaurata una perizia. Del resto se fu ordinata *d'uffizio*, l'interesse di una parte sola non si comprende. Se la perizia ha per oggetto una liquidazione di danni a favore di una parte, forsechè la parte contraria, che sarebbe debitrice, non può dirsi interessata? Dalloz opina così, e parlando della prima dice: *cette partie sera seule obligée*, e ancora, *on ne peut dire que les experts agissent dans un intérêt commun* (*Repertoire*, v° *Experts*, num. 268). E perchè no? Qui per interesse bisogna intendere semplicemente il contenuto della perizia: quel litigante che vi è compreso, ha interesse. Il presunto debitore vi ha interesse non meno del presunto creditore; non potrebbe il suo debito risultare minore, o anco non risultare?

Articolo 268.

Il perito che ritarda o ricusa di presentare la relazione nel termine stabilito o prorogato, decade di diritto dalla nomina, e le parti possono chiederne senz'altro la surrogazione, in conformità degli articoli precedenti.

In questo caso il perito non può pretendere alcun onorario o rimborso, ed è tenuto alle spese ed al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

Parlando dell'art. 268 si è fatta ragione di un caso diverso. Il perito è comparso, ha presentata la sua relazione, ma non ha voluto sottoscriverla, o, illetterato, dopo la lettura,

ha protestato di non volerla confermare, e si ritira. Ora abbiamo un perito che *ritarda*, messo a livello nella condanna col perito che *ricusa!* Non vi par troppo? *La decadenza è di diritto!* Con questa abbastanza formidabile clausola s'intende forse che non si accetterà più veruna scusa, che non si ascolterà qualsiasi giustificazione?

Fermiamoci un momento per fare alcune considerazioni generali e tracciare alcune distinzioni. *La decadenza di diritto* ha primieramente un significato unico e inseparabile: essa crea immediatamente e senza il concorso del fatto dell'uomo un diritto contrario, una situazione inversa che a realizzarsi aspettava come sua propria condizione, la inosservanza di una legge, un mancamento, un passo falso. Questo è il punto di vista più generale e più complesso *della decadenza di diritto*. Applicando, diciamo che passato il giorno, passata l'ora, e non presentata la perizia, è nata subito la facoltà di chiedere *senz'altro*, come si esprime il testo, *la surrogazione di un altro perito*.

Rapporto al quesito se il perito ritardatario potrà tuttavia giustificarsi, si vuol distinguere fra *quella decadenza* che è il portato di una convenzione, e quella che è il portato della legge siccome pena; e ancora suddistinguere gli effetti della pena, in quanto produce un diritto utilmente esercibile a favore di una parte contraria, o in quanto rappresenti puramente e semplicemente la privazione di una facoltà, una restrizione di diritti in odio di un'azione commessa o contro colui che l'ha commessa.

Chi non paga in un termine designato una corrisposta d'affitto, condizione della proroga di esso affitto, decade dal diritto di continuarlo, e può essere espulso dalla casa malgrado venga poco appresso offerendo la somma. È l'effetto della convenzione.

Chi non appella nel tempo prescritto acquista alla parte contraria il diritto della cosa giudicata: egli è decaduto di diritto dall'appello, e senza speranza.

Invece il perito ritardatario si trova nel terzo grado, nel grado di una propria e vera penalità. Quale ingiustizia, quale scandalo se non avendo potuto per cause da lui indipendenti presentarsi in quel giorno, in quell'ora, e giustificando la forza maggiore a cui ha dovuto soggiacere, non dovesse valergli per sottrarlo a sì grave pena e conservarlo nel non demeritato ufficio! Opponendosi alla decadenza che gli è stata intimata, è certo ch'egli potrà rivolgersi all'autorità giudiziaria ed esporre queste sue ragioni.

Articolo 269.

Quando l'autorità non trovi nella relazione elementi sufficienti per la decisione della causa, può ordinare ai periti di dare anche oralmente all'udienza schiarimenti ulteriori, ovvero ordinare una nuova perizia da eseguirsi da uno o più periti nominati d'uffizio. I nuovi periti possono richiedere ai primi le spiegazioni che stimino convenienti.

Annotazioni.

1. « Può avvenire che la relazione sia in « qualche parte oscura ed incompiuta. Stabi« lire in tal caso che non siavi altro mezzo « fuorchè di annullare la perizia e di ordi« narne un'altra, sarebbe uno spediente dan« noso sotto due rapporti, cioè per le spese « che cagiona alle parti, per la nomina di altri « periti stranieri alle cognizioni acquistate dai « primi. Una via più semplice adottò il Codice « ginevrino, e dopo di esso il Codice sardo « (articolo 355), che fu in tal parte seguito « dal progetto. — Fra una relazione incerta, « oscura od incompiuta, e una perizia inetta, « contraddittoria, assurda, corre una grande « differenza. Nel primo caso possono bastare « alcuni schiarimenti, nel secondo è necessaria « una nuova perizia ». In questo brano della relazione Pisanelli, e nei seguenti che non occorre riportare, è delineato il concetto della legge con una chiarezza superiore a quella che il suo testo presenti.

Il testo infatti non discerne l'uno dall'altro caso. Troppo letteralmente tenendosi all'articolo 355 del cessato Codice, non accenna che a quello *in cui non si trovino elementi sufficienti per la decisione della causa*, e lascia al giudice l'arbitrio sconfinato *o di ordinare schiarimenti ulteriori anche oralmente all'udienza, o una nuova perizia*.

La legislazione di Ginevra ha il vanto meritato di progressiva. La eloquenza di Bellot, il celebre relatore della commissione, seppe esercitarsi anche in questo tema sì poco suscettibile. Dipinse a vivi colori i vantaggi della

proprio, possa il giudice ordinare una nuova perizia. Badate bene che io distinguo ciò che chiamo moto proprio del giudice da una risoluzione presa *ex officio* e senza espressa domanda delle parti. Io questo lo ammetto. Supponete che una perizia gettata, direi quasi, posta alla discussione, sia da entrambe le parti, o se volete anche da una sola, caricata di tali censure e sia talmente giustificata l'inabilità dei periti che la necessità di una nuova perizia apparisca evidente ma che però non sia domandata, forse perchè la parte che ha interesse di abbattere la prima, preferisce di annullare la prova al ricostruirla mediante una nuova perizia. Ebbene potrà il giudice d'ufficio decretarla. Ma allora egli lo fa con cognizione di causa, egli non si abbandona al primo moto di una riprovazione precipitata. (Alcune di queste idee furono per me espresse nel *Commentario al Codice sardo*, vol. III, numero 380, ove notai qualche buona decisione delle nostre corti).

d) *Adottato il partito della interpellanza dei periti, forse non potrà il giudice ordinare di poi una nuova perizia?* Sì, la potrà: e perchè non lo potrebbe se niuna valida risposta, o una risposta generante confusione maggiore, fu il prodotto della interpellanza? Ciò mostra come nei casi ordinari sia sempre miglior consiglio cominciare dal riudire gli stessi periti. Del resto il ripudiare una perizia perchè non raggiunse il suo scopo, perchè non soddisfece al quesito proposto, non equivale al rigettare tutto il lavoro e, se mi è lecita la parola, allo scomunicarlo: sempreché i vizi che contiene non siano di forma, o non siano di natura da impedire al giudice di valersi in modo alcuno del fatto loro: come, per es., si trattasse di periti proibiti, figurassero parenti e affini in linea retta. Onde non rimane, a rigor di parola, annientato il primo rapporto, che può presentare ancora ben utili consigli ai nuovi periti. (In ciò Merlin, Berriat, pag. 307, numero 32, e Dalloz, ecc.).

Osservazione aggiunta. I vizi delle perizie sono di tre maniere: 1° *Formali*, che direi anche reali, cadenti *super re ipsa*, che attaccano la esistenza giuridica dell'atto, *forma dat esse rei*. Se la perizia fu ordinata da giudice incompetente, se fu eseguita mentre ostavano i termini della procedura. 2° *Personali*, quando l'organo stesso della manifestazione è colpito d'inabilità radicale, come un perito che si trova nella cerchia vietata dagli articoli 254 e 256. 3° *Ideali* sono i vizi logici, discorsivi, espositivi della perizia come lavoro intellettuale, che fanno rigettarla come inetta al fine, ma senza fare, per dir così, *tabula rasa* di tutto quello che si è fatto. Nelle due prime contingenze si ha propriamente nullità, non nella terza, ma piuttosto revisione, riforma: quindi è che non pochi elementi della prima operazione possono alla seconda attaccarsi utilmente. È chiaro che le parole dell'articolo, *i nuovi periti possono richiedere ai primi le spiegazioni che stimano convenienti*, non hanno significato che nell'ultima ipotesi.

e) *Della terza perizia.* È ammessibile una terza perizia? Le corti piemontesi, pur restringendo i metodi e l'opportunità di farla, in massima non ne hanno mai dubitato (cassazione, 26 marzo 1852, *Gazzetta dei Tribunali*, 1852, tom. I, pag. 165; corte di Genova, 16 decembre 1851, *Gazzetta dei Trib.*, 1852, t. II, pag. 24; corte di Torino, 10 luglio 1853, *Gazzetta dei Tribunali*, 1853, t. II, pag. 506; decisioni del 6 aprile 1853 della corte d'appello di Genova, e del 10 giugno 1853 della corte d'appello di Torino, *Gazzetta dei Tribunali*, 1852, tom. II, pag. 600, e della stessa corte d'appello di Torino, del 10 giugno 1853). *La terza perizia sarebbe ordinata nella divergenza delle due prime*, disse la corte di Genova nella decisione 23 dicembre 1852 (*Gazzetta dei Tribunali*, 1853, t. II, pag. 178). Si fa anche il caso di *tre perizie discordanti*, e allora si determinò, perchè il caso portava così, non doversi far luogo alla quarta perizia, ma in altri casi anche la quarta perizia fu ammessa (corte di Genova, detta *decisione*, 23 decembre 1852, e 10 febbraio 1853, *Gazzetta dei Tribunali*, 1853, tom. II, pag. 201). Veramente la legge non fissa il limite *ultra quem*, e sembra confidare nella discrezione, userò questa frase, del potere discrezionale del giudice. Ciò che chiamiamo perizie nuove, potrebbero essere quesiti speciali sopra dati punti non bene chiariti, sopra certi calcoli non esatti, e faranno in modo i prudenti magistrati da limitarsi a simili indagini per non gravare il processo di troppe carte, le parti di troppe spese.

3. *Procedura successiva alla perizia.* Il metodo per proseguire il giudizio si troverebbe risalendo a regole superiori: lo abbiamo visto in altro luogo, in combinazione non dissimile (V. articolo 251, *Annotazione*, num. 9, e articolo 253). Nel sistema letterario del Codice, giova ripeterlo, si è cercato di stabilire delle regole generali e comuni atte a comprendere anche quei particolari del rito che comparivano e ricomparivano qua e là nei titoli specialmente dedicati alla costruzione delle prove. Quindi all'articolo 254 del precedente Codice non si vede dato un successore; nel fondo

però la disposizione è la stessa. « Compiuta « la perizia, diceva quell'articolo, la parte più « diligente estrae copia della medesima, e la « produce ed offre in comunicazione all'altra « parte. Lo stesso atto conterrà le sue deli« berazioni. La parte contraria avrà il termine « ordinario di giorni quindici per rispondere ».

Articolo 270.

L'avviso dei periti non vincola l'autorità giudiziaria, la quale deve pronunziare secondo la propria convinzione.

Annotazioni

Senza contestare un principio che tiene alla essenza della giurisdizione, si può far luogo a tre diverse indagini. 1° *Se la indipendenza riserbata al giudice a fronte del giudizio dei periti gli attribuisca in ogni caso la facoltà di ammettere o di non ammettere una perizia quando stimi che la perizia non sia profittevole*. 2° *Se non avendo tale facoltà, mentre la prova per mezzo di periti gli sia imposta dalla legge, mantenga anche in questo caso la piena indipendenza del suo giudizio*. 3° *Se nei casi comuni, nei quali l'ordinare o no una perizia è del tutto rimesso al giudice, egli possa, dopo averla ordinata, prescinderne, e valendosi di altre prove procedere alla risoluzione del merito prima che la perizia sia eseguita*.

Alla prima questione. Come altrove abbiamo notato (all'art. 252, *Annotazione* num. 2), in non pochi casi la legge impone la perizia. Se in una divisione ereditaria le parti non concordano nella formazione delle quote, spetta a periti nominati d'ufficio il comporle (articolo 990) del Codice civile. Le basi di un giudizio di lesione devono essere constatate da una perizia (articolo 1041, detto). Anche la procedura in più specie la richiede categoricamente (articoli 623, 663, 877, 891, ecc.). È dunque facilmente risolto il primo quesito.

Veniamo alla *seconda questione*. Essa permette di portare il pensiero a una ricerca superiore. L'indipendenza del criterio del giudice non è mai assoluta, è sempre relativa. In altre parole, l'indipendenza del giudice non è mai un capriccio, una velleità, un *sic volo*. La forma del sindacato a cui soggiace la sua decisione è varia, quando è l'appello, quando la cassazione: ora è riveduto il suo discorso logico, ora è riveduto il suo discorso legale; ma qui si consideri il giudice solo in faccia alla ragione. Un lavoro composto da uomini che professano una scienza e un'arte speciale, un lavoro che determina la esistenza e il modo di essere di fatti materiali che il giudice non può esaminare se non attraverso le altrui testimonianze, un lavoro che liquida in cifre positive un sistema di calcoli, prodotto di minute e laboriose investigazioni, condotte col sussidio dell'arte e lunga pazienza, non può essere ripudiato senza motivi, nè senza motivi gravi. Si può non essere di quell'avviso. L'avviso dei periti non vincola, se si dimostra erroneo, o almeno se la erroneità si presenti alla mente del giudice come un concetto serio e meritevole di essere apprezzato. Perciò può dirsi che il giudice è più presto *superiore* che *indipendente* dal giudizio dei periti: *superiore*, perchè può surrogare la propria ragione, in quanto possa apparire vincitrice a quella dei periti; *indipendente*, per non farsi cieco seguace delle loro deduzioni, non lo è mai. Ciò in generale. Ma la legge civile, regolatrice del sistema delle prove, ha in dati casi espresso quale sia il genere di dimostrazione ch'essa tiene necessario. E, in quei dati casi il giudice non può prescinderne, non può preferire una prova diversa, rimane sempre libero alle parti di eleggere perito o periti di loro comune fiducia, ma la perizia deve farsi. La sentenza che non obbedisse a questa legge, sarebbe annullabile in cassazione; ma dall'obbligo di procedere per via di perizia, discende forse quello di doverne accettare i risultati?

Questa è di fatti la massima più ricevuta nella giurisprudenza francese. Il principio — *dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam* — viene per conseguenza a subire una modificazione del maggior rilievo. Il tribunale è legato dall'avviso dei periti. Così, senza farne il menomo dubbio, il Carré, quest. 1229, richiamando alcune decisioni normali, cassazione francese, 7 marzo 1809 e 17 aprile 1816, il Chauveau riferisce un altro arresto del 23 marzo 1831, Favard de Langlade e Berriat Saint Prix, ne convengono pienamente. Lo stesso Chauveau, che non giura nella esattezza di tale pronunciato, non contesta che la giurisprudenza non sia fermamente stabilita su questo punto. Ma il Dalloz, ragionando questa volta per conto proprio, *Répertoire*, v° *Experts*, respinge con forza una conclusione

così contraria alla regola di diritto: riconosce che non potendosi fare a meno della perizia, la perizia ci deve essere, perchè la legge non permette al giudice di abbandonarsi ai suoi propri lumi, gl'impone questa specie d'istruzione, e più ne fa debito: non gl'impone però la decisione dei periti.

Non porterò altre opinioni e soluzioni: dirò solo che la controversia non mi sembra ben posta, e che da ambe le parti si pretende troppo. Assoggettare la mente e la decisione dei giudici alla mente e alla decisione dei periti, sarebbe invertire la logica stessa dei giudizi. Supporre che nella specialità dei casi, nei quali è obbligatoria una operazione di stima e una perizia, non sia per conto alcuno modificato il principio generale, proclamato dal presente articolo, è un esagerarlo. La prima opinione, se vuol esser logica, deve negare al giudice qualunque ispezione autorevole del lavoro dei periti, manca di elementi razionali la perizia, è confusa, non giustifica le sue deduzioni? non importa: il giudice è costretto di accettarla, la legge glielo impone. La coscienza dei periti rappresenterebbe quella del giudice passivo ed incosciente: ecco tutto. La prima opinione, sotto un punto di vista assoluto, come generalmente si predica, è assurda. La seconda non ha il riguardo che pure si deve alla condizione che è fatta al giudice dalla singolarità dei casi che il legislatore ha dovuto definire ogni volta che vi si è incontrato, appunto perchè in quei casi la ragione dettava che una base di stima, una liquidazione esatta di valori, era necessaria. Sottraeva quindi all'ordinaria libertà del giudice la scelta della prova. Ciò per altro non è un commandargli l'accettazione pura e semplice e senza controllo del giudizio dei periti, sibbene la natura di un giudizio di esecuzione, di un giudizio che si risolve in una assegnazione e distribuzione di valori, toglie al giudice di poter surrogare, come nei casi ordinari avviene, il suo criterio morale a una determinazione specifica che dee risultare, per volere del legislatore e per la ragione stessa delle cose, dal giudizio degli uomini dell'arte applicato ad osservazioni di fatto pratico che il giudice stesso non può fare. Che se io di sopra mi valsi di questo argomento per affermare che il giudice non può emanciparsi dal giudizio dei periti, sicchè non apprezzi convenientemente i dettati della scienza od arte ch'essi professano, ognun vede che, nei casi speciali in cui versiamo, è d'uopo risolversi col giudizio dei periti, e farne base alla pronunzia definitiva. Un esempio per tutti. Come potrebbe farsi l'aggiudicazione avvenuta nell'articolo 682 o svolgersi nelle sue diverse forme il valore che raffigura il prezzo senza riferirsi al pronunciamento del perito? Concludiamo: il giudice ha facoltà e dovere di esaminare la perizia, può rigettarla, ma deve in tal caso ordinarne un altra, può vagliare i calcoli e farli rivedere ancora, ma finirà sempre col fondare la sua sentenza sopra una perizia che diverrà atto libero della sua coscienza per averla approvata.

Alla terza questione che non è nuova. Per chiarezza addurrò un caso pratico. Avanti un tribunale di Francia erasi portata una controversia relativa a certi danni recati dal conduttore alla cosa locata. Il tribunale aveva ordinato una perizia per verificarli: ma prima che la perizia fosse eseguita, rigettò la domanda principale. In appello la corte d'Orléans riformò la sentenza, coll'applauso ben lusinghiero del Chauveau in Carré, quest. 1220 bis. Doveva, disse la corte, attendersi il risultato della operazione, o almeno che gl'istanti fossero costituiti in mora e decadessero dal diritto di far eseguire la perizia.

A me pare la decisione poco giusta, e mi porge occasione ad alcune avvertenze generali. La sentenza che ammette od ordina una prova accettata dalle parti, è cosa giudicata, e fa stato nella causa. Ciò importa che il giudice deve farne il conto che merita nelle sue successive determinazioni. *Ne deriva forse che sia sempre e assolutamente necessario eseguire la prova decretata?* Fingiamo sia stata ammessa una prova testimoniale, attesochè le apparenze della causa portassero che alcuna convenzione fosse occorsa fra le parti. Se non che nel corso della causa la parte che subirebbe la prova ha scoperto e produce un documento scritto che prodotto in tempo, avrebbe impedita la prova testimoniale (articolo 1341 del Codice civile). Che fare? Appellare dalla sentenza se si potesse, ma noi supponiamo accettata la sentenza e trascorso il termine dell'appello. D'altro lato dovrà eseguirsi una prova non solo dimostrata inutile, ma respinta e riprovata dalla legge? Una legislazione caduta di seggio e che non è stata studiata, benchè meritasse di esserlo (regolamento pontificio, 10 novembre 1834), abilitava il giudice a riparare dal proprio interlocutorio, che era ben lontano dall'avere quella influenza determinativa in genere suo che gli è attribuita dalla legge nostra. Rispettiamo adunque il principio che nei nostri ordini giudiziari è fondamentale, rispettiamo la cosa giudicata, ma interrompiamo il corso della prova per

riassumere il merito, tostochè il compierla è un diritto acquisito a taluna delle parti: discuteremo poi della sua efficienza e della sua importanza.

Abbiamo proposto il caso più grave. Con più ragione si applicherà il principio a una prova di perizia. Ammessa, perchè in mancanza di convenzione era d'uopo statuire il valore di una cosa data in deposito, vien fuori uno scritto convenzionale che lo accerta, in confronto del quale non sariasi ordinata la prima. Non può il giudice in presenza del nuovo fatto correre senz'altro alla decisione. Se le parti non rinunziano di concordia alla prova, se chi la richiese non è decaduto dal diritto di farla, deve avere il suo compimento al merito di valutarne la efficacia. Quantunque il fatto *in eum casum reciderit a quo consistere non potuisset*, qui ha luogo l'eccezione — *attamen non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit a quo initium capere non potuissent.* — È facile vedere che con ciò il giudice non accetta in anticipazione l'esito della perizia, ma obbedisce al debito della regolarità coll'eseguire la regiudicata, per la quale non è più lecito metter in discussione che *actus semel utiliter constitit.*

§ 5.

Dell'accesso giudiziale.

Articolo 271.

Quando l'autorità giudiziaria creda necessaria l'ispezione del luogo o della cosa controversa per mezzo di uno dei giudici, può ordinarne l'accesso anche d'uffizio.

Annotazioni.

1. Confrontiamo con questo l'articolo 358 del Codice di procedura del 1859 per coglier la ragione della differenza. « Nel caso in cui « il tribunale lo creda necessario potrà ordi- « nare che uno dei giudici si trasferisca sul « luogo controverso per la oculare ispezione « del medesimo; quando però si possa sup- « plire con una semplice perizia, non avrà « luogo la trasferta se non ad istanza di tutte « le parti ». Precisamente come l'articolo 295 del Codice di procedura civile francese. La relazione Pisanelli giustifica il cangiamento con queste parole « Il progetto formola più « nettamente e più assolutamente il concetto « della necessità che sola può determinare la « ispezione giudiziale. Siavi o non istanza di « parti, di alcune o di tutte le medesime, l'au- « torità giudiziaria non può ordinare l'ispe- « zione del luogo controverso se non quando « lo creda necessario. Non deve dipendere dal « desiderio delle parti l'obbligare il giudice a « recarsi sul luogo della controversia, se egli « crede che possa bastare una perizia ».

L'*utilità* della visita locale è di tutta evidenza. Una questione che s'intralcia su luoghi di non facile descrizione, non si presenta mai netta e precisa alla immaginativa che si sforza di appropriarsene i particolari, *oculis non subjecta fidelibus*. Ulpiano nel celebre frammento 8 *finium regund.* già accennava quel a specie di graduazione onde la ispezione del giudice sovrasta al valore probativo d'una perizia, « ad officium (præsidis provinciæ) de « finibus cognoscendis spectat mensores mit- « tere, et per eos dirimere finium quæstiones « ut æquum est, *si ita res exigit oculisque suis « subjectis locis* » Baldo commentando, *quod quando expedit, judex debet personaliter accedere ad locum et creditur ei judici in eo quod videt.* « Nelle questioni di servitù, special- « mente se urbane (e con ciò il Pisanelli di- « ceva cosa verissima,) e in quelle dei confini, « la ispezione locale mostra a un colpo d'oc- « chio un insieme di combinazioni e di partico- « lari, che a stento si raccolgono da relazioni « scritte ».

Sull'*utilità* siamo intesi, ma la legge prende per punto di partenza la *necessità*. L'espressione sarebbe invero troppo forte se non fosse temperata dall'elemento subbiettivo che fortunatamente ci si è fatto entrare, *se creda necessaria la ispezione*, ecc., laonde la *necessità*, cessando di essere una obbiettiva, sfugge alla censura. In altri termini: è una necessità relativa, una di quelle che appartengono alla convinzione: nondimeno la severa parola per

una qualche ragione deve essere stata, mentre era così facile dire con Baldo, *quando expedit*, espressione la più naturale.

2. **Precedenti storici.** — Noi ci andiamo emancipando dai francesi, ma troppo adagio. Vi sono certi modi che noi mandiamo da un Codice all'altro, facendoci pochissima riflessione dato che il concetto si trovi buono e degno di venir conservato. Quelle parole hanno in quel paese una ragione di essere che qui talvolta non c'è. Per farla corta, in Francia si temeva l'abuso delle visite locali: il legislatore, dettando quella disposizione, temeva di conceder troppo all'arbitrio dei magistrati; della prudenza e temperanza loro diffidava, l'allettamento di certe sportule annesse alla visita, non so se altri motivi del pari e più ancora spregevoli, era per i giudici d'allora, o almeno parve, un pericolo e un fomite ad accessi troppo frequenti, a giudizi troppo empirici, e la informazione dei periti fu come a dire in ribasso. L'Ordinanza del 1667 era così ombrosa in questo proposito degli accessi giudiziali, che quando si rilevasse che non c'era proprio un bisogno assoluto di andar sul luogo, e poteva provvedersi con una perizia, si annullava l'accesso, i giudici dovevano restituire l'importo delle vacazioni, sottostare alle spese ed anche ai danni (Dalloz, *Répertoire*, vº *Descente en lieux*, nº 9). A giudici senza dignità corrispondeva una legge senza dignità; altre volte i tribunali scendevano sui luoghi senza previo decreto, non stendevano processo verbale, onde le questioni di cui ci fanno fede decisioni anco recenti della cassazione (1833–1843), e le memorie del Dalloz (ivi, nº 19) e del Carré (quest. 1141). Per queste ragioni si fu più corrivi quando le parti convenivano, cessando i pericoli degli accessi volontari o clandestini. L'influenza delle parti ch'era allora una specie di correttivo, mutati i costumi, era diventata soverchiante, e si deve al Pisanelli l'avere scoperta questa macchia che non appariva agli occhi di tutti.

3. L'articolo 296 del Codice di procedura civile francese prescrive che il giudice delegato *deve essere fra quelli che sono concorsi nella sentenza che ordina l'accesso*. Il Codice sardo del 1854 (articolo 331) aveva ripetuta quella disposizione. Non fu adottata da quello del 1859, e non lo è dal presente. Era entrata la persuasione che un giudice ch'ebbe parte nella sentenza fosse meglio di ogni altro informato dell'oggetto, e potesse meglio ritrarne lo spirito. Col metodo nostro di potersi decretare l'accesso anche con semplice ordinanza che suppone la emanazione da un solo giudice quella norma non poteva essere imposta. Ma sarà pur sempre uno della sezione giudicante, come dirò nella nota prima del seguente articolo.

4. *La delegazione di un giudice è sempre necessaria? Non potrà l'intiero tribunale discendere alla visita dei luoghi controversi?* La dottrina francese si presta con una certa facile condiscendenza a questa interpretazione del loro articolo 295, specialmente se concorra il voto di entrambe le parti, raccomandata la economia della spesa, e che il luogo sia anche vicino (Favard de Langlade, t. II, pag. 70; Berriat, p. 310, cassazione, 9 febbraio 1820). A formare tale dottrina, però debolmente annunciata e sotto molte riserve, ha certo contribuito la dizione dell'articolo, *le tribunal pourra... ordonner que un des juges...* Ma per noi sarebbe una estensione manifesta, una interpretazione ripugnante. Assai meglio redatto il nostro articolo, posta la facoltà nell'ordinare l'accesso, detta norme imperative per la delegazione del giudice. Non isfugga che questo Titolo è scritto per i tribunali collegiali. Quanto all'accesso del *pretore* V. l'articolo [illegible]. Aliena da un apparato per cui la spesa sarebbe in ragione inversa del decoro, la legge trova che *la necessità dell'ispezione è soddisfatta dall'accesso di un giudice* (la lettera stessa dell'articolo lo persuade), ciò che nell'articolo 271 si presenta come uno dei caratteri della nozione, nel seguente è un ordine espresso, *delega il giudice*. Fatto l'accesso giudiziale indipendente dalla istanza, anche concorde delle parti (relazione Pisanelli), se questa non influisce a determinarlo, molto meno influirà perchè il tribunale si muova invece del giudice, come si vede usato in Francia. (Ciò dico modificando, in relazione alla mente del nuovo Codice, l'opinione che espressi nel *Commentario del Codice sardo*, vol. 3, pag. 226, 227).

Articolo 272.

L'ordinanza o la sentenza, che ordina l'accesso, ne determina l'oggetto, e delega il giudice che deve eseguirlo.

Quando l'ispezione debba farsi coll'assistenza di periti, questi sono nominati in conformità del paragrafo precedente.

tare è 1° che in questo titolo non se ne fa cenno, e non si traccia veruna procedura relativa, 2° che con siffatta oppugnazione, e cogli atti a cui darebbe luogo, uno esperimento tanto semplice sarebbe protratto fuor di misura e contro il proprio scopo, 3° che infine i periti non fungono in questa operazione che una parte secondaria e, come si esprime la legge, di mera assistenza.

Essendo io tornato più volte sopra queste obbiezioni che ho fatte a me stesso, mi sono persuaso che i periti sono ricusabili.

Che la legge non ne parli, poco monta, anzi il parlarne sarebbe stato non più che una ripetizione la regola era stata posta nella sua generalità nell'articolo 254. Ho dovuto riflettere che si tratta di un principio fra i più osservabili del diritto giudiziario principio di libertà, principio di garanzia ai fallibili giudizi della umana ragione. Il tempo che si dovrà consumare per esaurire la eccezione non è stato mai calcolato dalla legge come un ostacolo, nè si fa distinzione fra processi più o meno urgenti, e il caso stesso della urgenza è stato preveduto dall'articolo 255 colla facoltà data al giudice di abbreviare il termine. I periti si dicono *assistere* all'accesso perchè la funzione dell'accesso è prima di tutto funzione del giudice, ma il concorso solo dei periti è già molto rilevante in se stesso, mentre il giudice vi si decide allora solo ch'egli conosce di aver bisogno di loro. E poi chi può misurare la influenza che saranno per avere? Più spesso sta in loro mano la decisione del punto controverso se trattasi d'arte, di calcoli, di cognizioni ad essi riservate tutti i pericoli che la legge ha temuti e ha voluto prevenire, si verificherebbero tuttora.

La legge, è vero, non ha tracciata linea sul modo di procedere, ma noi vediamo spesso che è nel metodo del Codice, metodo commendevole in massima di riferirsi tacitamente alle norme generali già statuite. Nè il supplirvi è difficile. Il termine alla ricusazione dovrà decorrere dalla notifica della ordinanza o sentenza che ordina l'accesso. Può darsi che il giudice previdente abbia ristretto il termine, inerendo all'articolo 255. Le norme indicate negli articoli successivi sono tutte praticabili, posto che l'atto di ricusazione sospenda di ragione il corso dell'incidente.

Articolo 278.

Le spese dell'accesso debbono anticiparsi e depositarsi nella cancelleria dalla parte che ne ha fatto la domanda, nella somma stabilita dal giudice delegato.

Quando l'accesso sia domandato da ambedue le parti od ordinato d'ufficio, l'anticipazione e il deposito delle spese sono fatti per porzioni eguali, salvo che siasi altrimenti concordato tra le parti o stabilito dall'autorità giudiziaria.

Annotazioni.

1. L'articolo 301 del Codice di procedura civile francese contiene la stessa disposizione, *les frais de transport seront avancés par la partie requérante et par elle consignés au greffe*. Ciò non ha impedito una questione ben ragionevole, e che può rinnovarsi fra noi. Le opinioni si divisero, mentre alcuni autori credono che la parte che procede alla esecuzione della sentenza sia pur quella che deve fare il deposito delle spese (Carré, quest. 1154, Hautefeuille, Serpillon, commentatore dell'Ordinanza, che però non dettava altrimenti *et sera tenue la partie requérante consigner les frais ordinaires*). In tale pensamento è pure il Chauveau (detta quest. 1154), il quale osserva che la legge ha dovuto dire *parte richiedente*, mentre si ritiene che questa a cui la cosa preme, proseguirà gli atti; ma la consegna delle spese è per sè atto d'esecuzione, e tale che non s'intende come a forza potesse farsi. Di fatti se la parte che domandò l'accesso non vuole andare avanti, chi la potrà costringere? Ne segue che quella parte che darà moto alla esecuzione della sentenza dovrà bene anticipar le spese. Aggiungo che col Chauveau altri autori consuonano e formano una vera e pressochè assoluta maggioranza. Il Pigeau rimane quasi solo nel campo opposto. Egli trova la legge chiara e tassativa per la parte che ha domandato l'accesso. Gli viene risposto che ciò è vero, e che soltanto in via di eccezione, per una condizione di cose non preveduta, bisogna accettare questo modo di applicare la legge. La questione è interessante nella pratica, e mi si permetterà di riferire anche l'avviso del Boitard, uno dei proceduristi più stimati. « Le législateur n'a pas « voulu que le juge éprouvât des difficultés

Quando l'accesso debba farsi coll'assistenza dei periti, il giudice delegato, sull'istanza della detta parte, fa citare i periti, che abbiano accettata la nomina, a comparire sul luogo.

Annotazioni.

Questo articolo, già in parte esaminato, ci conduce proprio sul luogo, sulla scena, dirò così, della operazione; e con ciò l'esperimento ottiene il suo effetto. Il processo verrà corredato di questa prova, forse decisiva. Ora immaginiamo che l'*accesso ordinato d'ufficio non abbia mai effetto, perchè niuna delle parti si è curata di eseguirlo*, ma invece siasi proceduto avanti nel merito della causa, quasi non fosse.

Quando l'accesso è ordinato d'ufficio (che implica, come si disse altrove, una specie di necessità subbiettiva pei giudici che l'hanno ordinato) si è proclamata una dottrina, che, tolto il caso dell'appello, non possono le parti, neppure concordi, pretendere alla decisione del merito senz aver soddisfatta la prova. Ancora quella delle parti che si crede meno favorita, e meno opera nella operazione ordinata, non potrebbe spingere avanti il merito, protestando la negligenza della parte contraria. Questa dottrina del Favard de Langlade è approvata dal Chauveau: « Nous concevons « difficilement comment ce qui était néces- « saire pour éclairer les juges cesse d'être « parce qu'une partie est négligente ».

Ed io ho bisogno di porre qualche distinzione, e risalire un poco alla teoria, o, se volete, formarne una.

Sono entrato in questa materia discorrendo della perizia, specialmente all'articolo 270. In altro luogo, ove tratterò con certa ampiezza (compatibile colla qualità del lavoro) dei varî caratteri dei giudicati ed efficienza loro, farò più espresso il mio pensiero: intendo di riportarmi a quelle idee normali ove non riuscissi abbastanza chiaro in questa esposizione di mera incidenza.

Un giudicato appellabile e non appellato costituisce regiudicata sul punto deciso. In questa prima ipotesi la sentenza interlocutoria, che ordina una prova, lega e giudice e parti in questo senso, che nè il giudice può sorpassarla senza darvi compimento, nè una parte può pretendere non doversene aver conto, per quante buone ragioni adduca per mostrare che non avrebbe dovuto ordinarsi o la sua esecuzione sia per tornare inutile: quel termine di marmo, che è la regiudicata, non può abbattersi collo sforzo di una parte sola, è necessario che anche la parte che è favorita dalla prova vi concorra. Ma se ambo le parti si accordano *pour effacer*, per toglier di mezzo quel giudicato e quella prova, con atto formale equivalente a rinunzia di un diritto acquisito (articoli 343, 344), niun dubbio che possa farsi. L'accesso giudiziale, domandato o accordato nell'interesse di una parte richiedente, di poi rinunziato con rinunzia accettata dall'altra parte, non avrà più ragione di essere, e se utile era per riuscire veramente, tal sia della parte che ha voluto rinunziarvi.

Può in altra contingenza esistere un provvedimento di prova che non contiene forza e virtù di cosa giudicata, o perchè munito della famosa clausola *prima e avanti ogni cosa*, denotante che la situazione delle parti rimane identica e pregiudizio non è recato al merito, o perchè il decreto sia di natura da non recarvi pregiudizio di sorta. Con tutto ciò quello stesso provvedimento, che è vocabolo in questo luogo assai proprio, forma *un precedente giudiziale che può essere gratuitamente abbandonato o dimenticato*.

E questo perchè? Perchè così richiede l'ordine processuale nel quale non si possono supporre emanati provvedimenti inutili e senza scopo, perchè è logico il ritenere che la sentenza finale che si esprimerà nella sentenza, sia per derivare dallo svolgimento di tutti gli elementi della dimostrazione venuti a far parte del processo, specialmente se con un giudicato qualunque ne fu riconosciuta la importanza.

Così si rientra nella questione sopra proposta. *Coll'accesso ordinato d'ufficio*, il giudice mira ad illuminare la propria coscienza e acquistare un fondo di cognizioni utile a bene intender la questione, e quindi senza pregiudizio di veruna delle parti, anzi nell'interesse di tutte. Provvedimento non appellabile, perchè non vera sentenza, e senza carattere di cosa giudicata, è per altro *un precedente ostativo a quella parte che assumesse di continuare la causa senza farsene carico, nel disinteresse dell'altra*. Solamente, e questo accade in tutti i giudizi tendenti alla prova, la parte che si oppone e si mostra interessata a sostenere l'accesso, potrebbe venire astretta a darvi esecuzione in un termine da assegnarsi.

Ma la nostra ipotesi si è che l'una e l'altra parte convenga nell'abbandonare questo saggio che al giudice piacque di ordinare, e allora non può invero accettarsi la teoria della immobilità del giudizio, implicitamente dai le-

dati scrittori insegnata. Credo anche di non aver detto inesattamente, che la questione rimane presso i proceduristi francesi indecisa. Io ritengo *che le parti, fra loro concordi, possano proseguire il giudizio, e con ciò il provvedimento sia come non pronunciato.*

Nè si opponga col Chauveau che una prova *qui était necessaire pour eclairer les juges ne cesse pas de l'être*, perchè le parti credano di farne a meno. Autore della prova in materia civile è sempre la parte, salva la legalità. Il giudice non può sostituirvi le proprie aspirazioni, per quanto onorevoli e rivolte a giusto fine: se così fosse, non solamente potrebbe ordinare per conto proprio un accesso, ma eziandio produzioni di documenti in quanto ritenesse averne bisogno *pour s'éclairer*, mettendo, per così esprimermi, i piedi al muro a non voler giudicare se il documento non fosse prodotto.

Quali conseguenze pertanto se non abbia luogo quell'accesso che il giudice vagheggiava come il complemento di sua istruzione? Ecco come la cosa si risolve. Il giudice deve sentenziare sugli elementi che sono raccolti nel processo, su quelli, intendo, che ha disponibili. La sua convinzione non è piena a favore della parte che invoca la sua decisione? Egli potrà bene rigettarla.

Articolo 275.

Il giudice nel giorno stabilito, siano o no presenti le parti o i loro procuratori, procede all'ispezione ordinata, e può fare d'ufficio, o a richiesta delle parti, altre ispezioni utili allo schiarimento della controversia, e dà i provvedimenti di urgenza.

Annotazioni

Siano o no presenti le parti o i loro procuratori: dovranno adunque citarsi i procuratori, o la parte se è contumace. Ciò è in regola generale, sebbene l'art. 274 dica solo *fa citare i periti*.

Il pubblico ministero deve pure essere invitato per assistere all'accesso nelle cause in cui ha parte? Risponda per me il Carrè, la cui dottrina adotto interamente: « Il n'est pas « nécessaire que le ministère public assiste à « la descente, s'il n'est lui-même partie dans « la cause, et par consequent on ne doit pas « l'y appeller *dans celles où il donne simple-* « *ment des conclusions*, aux termes de l'art. 83 « par ou degli articoli 346, 347, *mais il doit* « *être présent lorsque il assiste dans les qua-* « *lités de demandeur, de defendeur ou d'inter-* « *venant*, par exemple quand le roi est assi- « gné par ses domaines, quand il agit pour et « au nom d'un présumé absent, etc. » (all'articolo 300 del Codice di procedura francese). Di fatti è disposizione letterale di quell'articolo. Tace il nostro Codice, ma la regola è quella.

Articolo 276.

Quando il giudice proceda coll'assistenza di periti, questi prestano giuramento sul luogo stesso de l'accesso. Per il giuramento e per la relazione si osserva quanto è stabilito nel paragrafo precedente.

La relazione deve presentarsi, se sia possibile, nel luogo dell'accesso; in difetto il giudice stabilisce il giorno e l'ora della presentazione. Egli può delegare per riceverla il cancelliere della pretura, il quale la trasmette immediatamente per originale alla cancelleria dell'autorità giudiziaria che ordinò l'accesso.

La relazione è annessa al processo verbale dell'accesso.

Annotazioni.

Il giuramento è prestato col rito prescritto dall'art. 226 e colla formola dell'art. 259. La relazione è fatta colle norme dell'art. 264. La delegazione al *cancelliere della pretura* (locale) *per ricevere la perizia* e trasmetterla, comprende ogni facoltà del ricevimento, secondo l'articolo 265, e così l'obbligo del cancelliere di farne processo verbale, e per conseguenza le facoltà opportune.

Articolo 277.

Il giudice delegato può, d'ufficio o sull'istanza delle parti, ordinare la formazione di un tipo del luogo controverso, oppure la verificazione di quelli già prodotti in causa.

Il giudice affida questa operazione ai periti stessi o ad un altro da lui nominato, se le parti non si accordino per la nomina.

Annotazioni.

Il giudice delegato è dotato di un potere discrezionale che si esercita 1° in quanto egli può apprendere, userò questa frase, cogli occhi propri e colla osservazione immediata e diretta della sua persona intelligente, 2° nel raccogliere da periti o da testimoni informazioni e schiarimenti, 4° nell'ordinare descrizioni proprie dell'arte (tipi per mezzo di periti che lo accompagnano in quell'esame Può avere delle ragioni per non incaricarne gli stessi periti, *e può nominarne un altro* (non accordandosi le parti), e in questo caso non potrà deputarne che un solo, certamente per non ingrossare la spesa. Il nuovo tipo o la perizia verificativa di altri precedenti *sarà unita al processo verbale come parte integrante della relazione* La legge presume che l operazione dell'accesso abbia un tratto continuo (art. 279), e tutta quanta l'azione di quel piccolo dramma si svolga sotto gli occhi del giudice Solo la relazione che appartiene non alla parte attiva ma alla descrittiva, può esser presentata posteriormente, ma in un termine dallo stesso giudice prefinito.

Articolo 278.

Quando nel corso dell'accesso si debba provare qualche fatto che il giudice riconosca pertinente, egli può sentire i testimoni che siano presentati sul luogo, conformandosi per l'esame alle regole stabilite nel paragrafo 3 di questa sezione.

Annotazioni.

1. Quest'articolo ha proprio bisogno di spiegazione. Vengono forse applicabili *tutte le regole stabilite nel § 3 di questa sezione* o alcune soltanto? La lettera sembra non escluderne alcuna, perchè il § 3 s'intitola *Dell'esame dei testimoni*, e qui si parla di *conformarsi per l'esame alle regole*, ecc. Ma è mai possibile? La natura di questo esame, momentaneo, improvvisato, a così dire, sul luogo, senza preparazione, e quindi senza materia formolata, senza uno scopo precisato, di testimoni che capitano a caso, o le parti hanno cura di far comparire in un momento propizio per rispondere a un dubbio, per dar rilievo a qualche particolare che ha un carattere d attualità che sfugge alla previsione, un siffatto esame non può subire il pesante e lungo rituale dell esame comune ciò è evidente Quanto era meglio che si fossero indicati gli articoli che si dovevano osservare, lasciando così tutti gli altri fuori di contestazione!

E invero non basta il dire che la legge ha inteso di riportarsi a quelli che riguardano la forma stessa dell'esame, e sarebbero gli articoli 241, 242, 243 e 244. Vi è qualche cosa di più vi è ciò che spetta *alla qualità personale dei testimoni* Può forse interrogarsi ogni sorta di persone che si presentano a questo scopo, giacchè *devono esser presentati*, e da chi se non dalle parti? Non hanno forse un'influenza cotali testimoni, e in qualche punto di sottile controversia non potrebbero averne la decisiva? Io so bene che le *eccezioni personali* sono riservate di diritto; e ciò è nella ragione stessa di questo straordinario procedimento, che non ha precedenti e non acconsente a quelle preliminari cautele che generalmente sono statuite. Ma per questo ancora ci riesce sempre più impropria e poco ponderata la formola *conformandosi alle regole*, ecc. perchè ci saranno diritti essenziali allegabili bensì, ma con un giusto rispetto d'analogia, e in quanto sia compatibile con questa procedura speciale, non mai in conformità letterale colla legge comune

Fermiamoci al *diritto di ricusazione* Non parliamo che dei periti. Essendo questi nominati nella ordinanza o sentenza (art. 271, 272), che dev esser notificata, può aver luogo la ricusazione in un termine posteriore, giusta l'arti-

colo 255. Ma i testimoni sono assunti sul luogo dell'accesso; manca il tempo a prenderne informazione, è, come già dissi, una specie di apparizione inaspettata. Ora *vari modi* possono concepirsi. Il giudice deve aver cura d'interrogare il testimonio sulle sue relazioni colle parti, in obbedienza dei n' 2 e 3 dell'articolo 242. La contraria parte o il suo rappresentante può esser o no presente? Se è data tale dichiarazione dal testimonio che implichi una relazione o proibita o sospetta col litigante o nell'affare stesso di che si contende, la parte avversa può dare di tratto la eccezione, opporsi all'esame, e ne sarà fatta menzione nel processo verbale. Se non è presente non può esercitare questo diritto, ma non le può esser tolto. Risultando dalla risposta del testimonio, o da prove chiare e immediate il grado proibito o l'interesse nell'affare, sarà della prudenza del giudice astenersi dall'esame e riservar le ragioni.

Dico *riservar le ragioni* mentre nulla osta che appresso la visita locale, specialmente se ordinata d'ufficio, possa eseguirsi un esame di testimoni.

2. Poichè siamo riusciti a questo, ci conviene fare qualche altra osservazione.

L'esame che si assume, diremo *en passant*, sulla faccia del luogo, non è che un accessorio della visita locale; contribuisce, come il concorso dei periti, a quella completa informazione che si può desumere da questo genere di prova. Che un successivo e formale esame di testimoni possa eseguirsi, oltrechè la legge nol divieta (e basterebbe sol questo), per più argomenti è persuaso. L'accesso giudiziale, sia che per istanza o per volontà del tribunale abbia luogo, può bensì essere sussidiato da interpellazioni testimoniali, ma nella sua indole speciale e nel suo scopo non può rappresentare o surrogare, *teoricamente* parlando, l'esame formale dei testimoni. Nel sistema graduale delle prove ve ne hanno alcune che regnano, a così dir, sole, e dominano il campo del processo; prove sovrane, a cui le altre si inchinano, tali sono rispettivamente l'atto pubblico, il giuramento decisorio. Altre si cumulano, si succedono, si fiancheggiano gl'interrogatorii, le perizie, i testimoni, gli accessi. Di più: l'accesso è di una natura materiale affatto: rare volte è suscettibile di comprender tutta la causa, vi resta quasi sempre una parte che concerne lo spirito, il fatto obbligatorio, quell'intellettuale insomma che la materialità dei luoghi non presenta nè spiega, e che implica il concorso di altri mezzi di prova.

Voglio per ultimo avvertire, che i testimoni stessi sentiti dal giudice potranno essere riassunti, rifusi, in un largo processo testimoniale, escussi su quelle e assai diverse circostanze: nè mai potranno essere respinti dal testimoniare sopra articoli formolati, e nelle viste proprie della difesa, per aver subito qualche interrogazione in quell'incontro quasi fortuito. Si ritenga per massima *il giudice dell'accesso non può estendere le sue domande e le sue indagini oltre il materiale a cui la sua ispezione si circoscrive*, tutto ciò che riguarda il morale della causa gli è estraneo, le sue facoltà sono misurate dalla qualità e dallo scopo della sua ispezione medesima.

Articolo 279.

Quando l'accesso non possa compiersi in un solo giorno, il giudice lo proroga ad altro giorno ed ora fissi, senza bisogno di citazione nè di notificazione.

Articolo 280.

I documenti presentati durante l'accesso sono menzionati nel processo verbale, e restituiti alle parti per essere prodotti in causa, salvo che il giudice ne ordini, anche d'ufficio, l'immediato deposito presso il cancelliere.

Articolo 281.

Il processo verbale fa risultare di ogni cosa relativa all'accesso.

È sottoscritto dalle parti, se presenti, dai procuratori intervenuti, dai periti, dal giudice, e dal cancelliere.

Quando l'accesso sia fatto ad intervalli il processo verbale è sottoscritto ad ogni interruzione.

Il processo verbale che chiude l'accesso indica i giorni impiegati nel medesimo.

Annotazioni.

1. *Della forma del processo verbale; se e quando possa essere annullato.* Quanto alla forma intrinseca, il suo cómpito è dichiarato — *fa risultare di ogni cosa.* Della *forma estrinseca* non si parla. In mancanza di una regola tipica o generale è permesso di dubitare se quelle forme caratteristiche e stimate essenziali nell'articolo 247 in tema di prova per testimoni siano tali eziandio e di pari importanza in tema di accesso giudiziale, e generalmente in ogni altro caso. Avari nell'accondiscendere alle nullità, esponendo quell'articolo, noi ci siamo ristretti quasi del tutto a quelle forme che danno l'*autenticità all'atto.* (V. al detto articolo): vale a dire la *sottoscrizione del giudice e del cancelliere,* senza cui l'atto non è. Invero quell articolo, per la sua natura speciale e relativa, non potrebbe supplire al silenzio dell'articolo 281: ma è manifesto che siamo in condizione identica, che si tratta della *essenza dell'atto* (1° capoverso dell'articolo 56). Non può dirsi altrettanto della mancata sottoscrizione *dei procuratori intervenuti e dei periti,* qui mentovati, *e dei testimoni,* dimenticati dall'articolo, forme contingenti non essenziali.

2. *Della procedura successiva.* L'art. 271 del Codice di procedura diceva « Compita la « visita, la parte più diligente estrae copia del « verbale, la produce ed offre in comunica« zione all'altra parte. — Lo stesso atto con« terrà le sue deliberazioni. La parte con« traria avrà il termine di quindici giorni per « rispondere ».

Questa procedura deve osservarsi.

§ 6.

Della verificazione delle scritture

OSSERVAZIONI GENERALI

Le fonti della cognizione giudiziale possono esprimersi con una parola, *testimonianze* cognizioni a noi trasmesse da altri uomini: il giudizio dei nostri sensi vi ha la parte minima, civilmente parlando, e può riassumersi nell'*accesso* di cui abbiamo or ora discorso.

La testimonianza è *viva e orale* la testimonianza è *scritta*, e di sua natura permamente. Dal punto in cui siamo il Codice di procedura civile assume un nuovo ordine d'investigazioni: si occupa della prova scritta.

La critica, nel senso ristretto al nostro tema, può distinguersi in *logica* e *sperimentale.*

Logica è quella che opera su materiali già raccolti e presentati al suo lavoro mentale, ed è l'ufficio proprio e comune della critica, non esclusa la *diplomatica*, che non concorre alla formazione dei documenti, ma si esercita su documenti già formati.

La critica *sperimentale* è uno dei grandi mezzi della procedura. La sua analisi è attiva, pratica, e nello stesso tempo determinativa. Il suo intento è di riconoscere se il documento sia fra quelli che possono esser sottoposti, come mezzo provante, all'esame logico che verrà poi dopo a saggiarne il valore giuridico: intanto deve sperimentarsi la sua bontà come *materiale*, meritevole di esser preso in considerazione.

I due titoli che seguono (§ 6 e 7, sezione IV) sono incaricati di questo studio o ricerca preliminare. Armonizzando colla legge civile, che ha stabilito i grandi caratteri assoluti o relativi, dei mezzi di prova, è semplice che la procedura non abbia ingerenza su quell'ordine di prove che hanno in se stesse la presunzione della verità, è chiaro che non sono queste le prove materiali *verificabili.*

La *verificazione delle scritture* è di quegli istituti che ha subito meno riforme è uno di quelli che ci giunge maturo da antiche esperienze eppure quanto studio ancora domanda!

I mezzi della verificazione sono: 1° l'accettazione della parte che ha interesse nella opposi-

zione, 2° il confronto con altre scritture incontestate o incontestabili; 3° periti, 4° testimoni: mezzi di forza ineguale che, congiuntamente o separatamente operando, contribuiscono ancora a formare l'argomento razionale che in fine deve risolvere il problema.

Articolo 282.

La domanda per ricognizione o verificazione di una scrittura privata può proporsi in giudizio, sia che la domanda formi l'oggetto principale del giudizio stesso, sia che abbia per iscopo l'adempimento dell'obbligazione.

Nel primo caso, se il convenuto riconosca la scrittura, le spese sono a carico dell'attore

Annotazioni.

1. *Generalità.* Le disposizioni degli articoli 1320 e seg. del Codice civile, e quelle che veniamo ad esaminare, hanno un'attinenza, intenzionale quanto al legislatore, e reale quanto alla natura delle cose. Vediamo in primo luogo come se ne possa stabilire l'esatta corrispondenza.

La scrittura privata può impugnarsi in via civile ecco, diremo così, il suo lato debole, mentre la potenza dell'atto pubblico consiste in questo che non può attaccarsi che *con iscrizione in falso*. Un altro carattere d'inferiorità della scrittura privata, in confronto dell'atto pubblico, si è che questa ha bensì la stessa fede dell'atto pubblico, ma solo nei rapporti di coloro che *l'hanno sottoscritta, e fra i loro eredi e aventi causa.*

Non può farsi una giusta idea dei principii che regolano l'istituto della *verificazione giudiziale*, senza comprendere le distinzioni e materiali e giuridiche che separano queste due grandi categorie della *prova letterale*, per non confonder quella che è suscettibile di essere impugnata da quella che non lo è, ed all'effetto di assegnare i limiti dei diritti subbiettivi (chiamo diritto *obbiettivo* quello che riguarda l'atto stesso o la sua verificazione in quanto può formare la prova, *subbiettivo*, il diritto personale della eccezione). I *terzi* possono impugnare una scrittura privata benchè *riconosciuta* o *verificata*, il che non è lecito, come si disse, *agli eredi e aventi causa*.

La legge, parlando dell'atto autentico, ha detto *fa piena fede*, e con ciò ha creduto di esprimere la universalità del suo concetto: ne segue che la scrittura privata non fa, per conseguenza, *piena fede*, e non ottiene che una fede limitata e relativa.

È forse alquanto estraneo trattenerci sulla efficienza provante dell'atto pubblico e sulla portata legittima, mi spiegherò così, dell'enunciato concetto; ma l'esperienza di ogni giorno mi assicura che non siamo ancora giunti ad intenderci perfettamente sopra una teoria così interessante. Del resto il breve discorso che ne farò si collega col mio argomento.

L'atto pubblico fa prova piena sino alla iscrizione in falso di tutto ciò che il pubblico ufficiale riferisce alla sua propria testimonianza, *alla testimonianza de' suoi sensi*, di ciò che ha udito e veduto, di ciò che si è operato in sua presenza. Non posso esimermi dal citare un bel passo del Dumoulin: « Tabellarius non potest instrumentum conficere « nisi de eo tantum *quod in sua praesentia geritur a partibus* et ab earum consensu pendet *cujus notitiam et scientiam habet propriis sensibus, visu et auditu* ».

La *verità materiale*, così stabilita, partorisce la *verità giuridica*, non la *verità morale*, proposizione che io debbo chiarire.

Se le parti hanno detto in presenza del notaio, esercente le sue funzioni, l'una di vendere, l'altra di comprare determinando il prezzo, tutto ciò essendo vero, *oritur stipulatio vi verborum* che per consenso comune e per autorità della scienza sono capaci di costruire e dar vita a quel tal fatto giuridico che per esse parole viene significato. La quale *verità giuridica officit* eziandio i terzi, quelli cioè che nel contratto non intervennero o non hanno causa dai contraenti, diversamente da quanto avviene per semplice scrittura privata. L'estensione non è facile a comprendersi a fronte della regola che *res inter alios acta nobis non nocet*, e tuttavia deve esistere, altrimenti non avrebbe senso la limitazione fatta dall'articolo 1320 del Codice civile.

È bene da osservarsi che la legge usa sempre la parola *fede*, e non cangia mai espressione nel significato di questo dogma giuri-

dico *si deve credere che il fatto avvenne così e precisamente così come lo attesta l'ufficiale pubblico.* Questa stessa forza non è nella scrittura privata rimpetto ai terzi: senza bisogno d'impugnar l'atto, possono averlo come non avvenuto, i fatti in esso narrati come non esistenti.

Quando noi trattiamo di *fede* che si deve prestare ad un atto, facciamo intender chiaramente che noi guardiamo la cosa in *un punto di vista oppositivo dell'atto medesimo*, essendo manifesto che il terzo, quantunque terzo, può valersi di quel medesimo atto contro coloro che lo stipularono, atto che *illis prodest* non ostante l'antica teoria che in questa parte è caduta. L'atto servirà sempre come di confessione validissima contro quelli, cioè contro i contraenti ridotti alla giuridica necessità di non poterla impugnare.

Vi ha casi molti e frequenti in cui i terzi non possono dissimulare la convenzione, ma devono subirne le conseguenze. Il cessionario di un credito mi diffida onde io, debitore ceduto, gli paghi la somma, ma io sono in possesso di un atto pubblico col quale provo di aver pagato anche prima della scadenza. Tizio ha acquistato con titolo pubblico una servitù sul fondo del vicino, costui vende il terreno e lo promette libero da ogni servitù: ma il terzo che ha comperato il fondo è obbligato a rispettare il tale acquisto e averlo per buono. Ipotesi possono farsi senza fine. In tutti questi casi l'atto pubblico *tertio nocet*, e in ciò si verifica la virtù di quella formola capitale, *fa piena fede*.

Perscrutando attentamente questa posizione giuridica, noi vediamo che l'atto pubblico eccetto frode o simulazione di che ora diremo, che l'atto pubblico *obstat tertio*, e fa prova contro di lui di uno stato diverso di cose *quante volte il terzo pretende far valere dei diritti incompatibili appunto con quello stato di cose*: al che può valere l'esempio che si è dato di sopra di un cessionario che s'impegnasse di costringere al pagamento colui che con quietanza solenne dimostrasse di averlo già eseguito. Egli non potrà allegare di non essere intervenuto nell'atto, *perchè quell'atto rappresenta semplicemente l'interesse e i diritti delle persone che lo stipularono*: perchè così facendo erano interamente nel loro diritto, perchè s'intende che non abbiano voluto disporre nè implicitamente nè esplicitamente delle ragioni di terzi, e se lo avessero fatto, allora è che il terzo può dire *mihi non nocet*.

Se io mal non m'appongo, la teoria sarebbe questa: *vale al terzo la convenzione praticata in atto pubblico se le parti contraenti non disposero che dei diritti loro proprii*, non osta e non pregiudica al terzo qualora, come dissi, vi sia toccato esplicitamente o implicitamente il suo proprio e attuale diritto.

Per causa di esempio: se due condividenti, senza riguardo a un altro condomino che non ebbe parte nella loro divisione, si assegnarono rispettivamente le quote a grado loro, se vi fu assolto un tutore, un amministratore a riguardo di alcuni e senza il concorso di altri interessati. La teoria, a volerla portare sino alle sue ultime conseguenze, sarebbe suscettibile di modificazioni, ma noi non possiamo qui trattare la materia *ex professo*, e basti il già detto.

Dunque, riassumendo in una breve formola, *l'atto pubblico è una Verità materiale e fa piena fede di tutto ciò che l'ufficiale pubblico attesta avvenuto* coram se *in sua presenza, e* erga omnes, *e costituisce una Verità giuridica e quanto alle parti che vi concorsero e quanto ai terzi, salvochè non si tocchi in esso implicato il loro proprio diritto*, che i contraenti erano obbligati a rispettare e mantener salvo. Altro è a dirsi della *verità morale*.

L'atto *apparente, esteriormente vero*, può non esser vero *intrinsecamente*: può essere *simulato*: come tale può venir impugnato non solamente da terzi, ma anche da una delle parti. In effetto, come altri benissimo osservò, simili impugnazioni sono estranee alla efficienza materiale dell'atto: ne concernono più presto lo spirito e l'elemento intellettuale e volitivo.

2. Da codeste considerazioni risulta agevolmente, che *il terzo non ha bisogno d'impugnare formalmente la scrittura privata che gli viene opposta*. A lui basta eccepire la incompetenza dell'atto a far prova contro di lui; egli si schermisce col dire, non lo conosco. Quindi l'articolo 1321 del Codice civile non si applica al terzo, ma alle parti medesime che si asseriscono esser concorse nella scrittura.

Nè il terzo si trova in condizione diversa, nonostante *che le sottoscrizioni siano state autenticate da notaio*, giusta l'articolo 1323 dello stesso Codice civile. Il massimo effetto di codesta autenticazione è di averla per *riconosciuta* la stessa scrittura. Ma la ricognizione della scrittura è affare che interessa quel contraente che vuol usarne, la ricognizione pone la scrittura in uno stato di certezza rispetto alle parti, rispetto al terzo non sale mai al grado e alla dignità di atto pubblico.

3. *Del giudizio di ricognizione o verificazione in modo principale.* O a prudente con-

tale o nella previsione che una scrittura potrà venire impugnata o contrastata, chi vi ha interesse può istituire allo scopo indicato un giudizio principale.

Della competenza. Azione personale, è instaurata come ogni altra azione personale (articoli 90, 91, 92). Il *valore*, a regola della competenza, sarà quello contenuto nella scrittura. Quantunque il valore, o ciò che lo rappresenta, non sia l'*oggetto* della domanda, il giudizio che tende a garantirlo ed assicurarlo, il *giudizio del titolo*, abbracciando *totam rem*, ha la importanza della cosa stessa.

Del procedimento. Seguiremo la norma generale dettata dall'articolo 155, norma che derivando dalla qualità dell'autorità giudiziaria a cui si porta la causa, e da questa misurandone la importanza, riunisce i due fattori della competenza ordinamentale e gerarchica, il *valore* e il *grado del giudizio*. Seguiremo dunque quella norma. Fuori di quest'orbita è il *tribunale di commercio* che non sarà mai invocato per giudicare, obbiettivamente e principalmente, della verità materiale di una scrittura, fosse pure di una scrittura di commercio. Di fatti una scrittura della quale l'attore stesso confessa l'inabilità come mezzo provante, non può dirsi avere ancora carattere determinato civile o commerciale. L'*oggetto* poi del giudizio non ha verun rapporto colla competenza di un tribunale di commercio aggirandosi sui *caratteri generali della prova*, che è istituzione di pura appartenenza del Codice civile.

Si è detto *obbiettivamente* e *principalmente* per segnalare le due forme spiccate e distinte della *verificazione giudiziale*, di cui parlò il Boitard: « La demande en vérification d'écri« ture peut être formée dans deux cas bien « distincts, soit *principalement* sans qu'il y a aucun « litige, soit *incidemment* à une instance déjà « pendante » (1).

Mi restano a fare alcune ricerche, l'ultima delle quali non manca di gravità, perchè in parte nuova per noi.

a) Il giudizio principale di verificazione deve restringersi a questo, o si possono cumulare altre domande relative al merito? Se l'attore riunisce altre domande a quella della verificazione, una delle due: o sono istanze diverse e male si accordano in un solo libello, il convenuto potrà essere assolto dall'osservanza del giudizio, o in effetto saranno domande separate, e formeranno altrettanti capi distinti. Se poi la verificazione è chiesta in un giudizio in cui si domanda qualche cosa in seguito della verificazione ottenuta, la verificazione non sarà che un mezzo e un incidente dello stesso giudizio. Chi domanda la verificazione di una scrittura, e cento che gli sono dovuti, subordina la sua stessa domanda principale alla verificazione, e si pone volontariamente in quello stato in cui sarebbe se il convenuto negasse la scrittura. Questa è la ipotesi considerata in quelle parole — *se (la domanda) abbia per iscopo l'adempimento dell'obbligazione*.

Ciò quanto all'attore. Ma non avendo la istanza di lui altro scopo che l'assicurazione del documento, il convenuto non potrà opporsi con eccezioni tolte dalle sorgenti del diritto e non dirette a combattere la pretesa dell'avversario sul terreno che si è scelto: così il merito intrinseco della scrittura, il suo contenuto, la inefficacia stessa della prova qualora si giungesse a regolarizzarla, per es. che il debito sarebbe ad ogni modo prescritto, non possono mettersi in discussione in un giudizio di questa natura (Dalloz, *Repertoire*, v° *Vérification, etc.*, num. 29).

b) Quando nasce l'azione della verificazione della scrittura? Il diritto della verificazione si acquista subito, si associa, per dir così, all'atto stesso, si manda ad esecuzione quando si vuole in quella guisa che una carta privata può volersi, in qualunque momento, sottoporre per cautela alla formalità del registro. Il richiedente non ha bisogno di addurre verun motivo fuor quello generale della sua propria sicurezza, può farlo adunque prima assai della scadenza del suo credito. Con ciò non intendo escludere i casi nei quali il convenuto ha eccezione per respinger la domanda stante la evidente e necessaria inefficacia dell'atto, considerato nella sua intrinseca sostanza: limitazione che è necessario di stabilire alla esposta regola, come vengo a dire.

c) Forse si ha diritto di proporre la verificazione di qualunque scritto che non abbia vero e proprio carattere di scrittura privata nel senso della legge? In ogni caso il giudizio dev'esser serio: la carta che si presenta alla verificazione deve contenere un oggetto giuridico abbastanza formolato e conoscibile. La inettezza dello scritto a formare una prova

(1) Se e come possa procedersi alla verificazione delle scritture avanti i tribunali di commercio, lo vedremo trattando del procedimento *avanti i tribunali di commercio*.

legittimo invece dovrà bene occuparsi della prova escludente la veracità del testamento, se vorrà riuscire nel suo tentativo di cacciar fuori di seggio l'erede nominato che ha preso il suo posto, e si trova in virtù del suo possesso investito di tutte le azioni ereditarie. L'erede legittimo insomma che impugna il testamento, è attore in giudizio per effetto della prova: *ei incumbit onus probandi*.

Questa opinione ha una base giusta e ferma nel *possesso*: quando si tratta di prova, il benefico *melior est conditio possidentis* fa sentire tutta l'efficacia, l'idea della permanenza e della durata si associa a questo fatto a cui risponde un gran bisogno sociale, mentre nella stabilità relativa dei possessi legittimi riposa uno dei fondamenti del convivere giuridico.

Tutto ciò suppone nell'erede testamentario il possesso coi vantaggi che lo accompagnano, coi diritti che gli sono annessi. Osserviamo come ciò avvenga, e ancora in quai casi il possesso rimanga come a dire ottenebrato e imperfetto, e quali conseguenze allora negli ordini della procedura: esame dal quale non posso dispensarmi per quanto io venga sorpassando gli usati confini.

Il Codice civile francese considera la posizione du *légataire universel*, che non è altro che l'erede testamentario, in due diversi aspetti. Esistendo successori legittimi, ai quali la legge francese mantiene il nome di eredi perchè loro appartiene la parte indisponibile della successione, il possesso *totius rei hæreditariæ* si trasmette ad essi *ipso jure*, e il legatario universale è costretto richiedere da essi il possesso della parte disposta a favor suo. Se dentro l'anno dalla morte del testatore egli ne chiegga il rilascio, i frutti dell'eredità testata sono a lui devoluti dal giorno appunto della morte; se *post annum*, dal giorno soltanto della domanda (articoli 1004, 1005 del Codice civile francese). Ove poi eredi legittimi non ci fossero, l'immediato possesso dell'eredità passa *ipso jure* all'erede testamentario.

La teoria ha dovuto risentirsi di queste diverse contingenze. *Semplice portatore di un testamento olografo*, usiamo la frase del Chauveau, e così diremo di qualunque *légataire universel* a possesso non ancora ottenuto, *son acte ne lui fournissant aucun moyen d'exécution, il pourra le voir demander, et il devra prouver*, ma s'egli si trova già in possesso, *sa position sera inexpugnable jusqu'à la preuve de la fausseté de son titre: qui toutefois pourra être détruit par une simple procédure en vérification*. Lasciamo questi principii del Chauveau, che sono anche i nostri, e veniamo alla disposizione del nuovo Codice italiano.

Ci si presenta con un carattere di generalità l'articolo 925: « Il possesso dei beni del « defunto *passa di diritto nella persona del*- « *l'erede senza bisogno di materiale appren*- « *sione* ». E l'epigrafe del Capo dichiara essere *disposizione comune alle successioni legittime e testamentarie*.

Non sarà per altro senza difficoltà conciliare questo articolo colle forme preliminari e necessariamente sospensive del possesso legale, dettate negli articoli 912, 913, 914 e 915, quanto ai testamenti olografi e ai testamenti di forma segreta. Parlando solo dei primi, è certo che il testamento olografo finchè giace fra le carte del defunto, non è consegnato al notaio e non ha subìto le formalità tutte degli articoli 912, 913, *non avrà esecuzione*, secondo la spiegazione che viene porgendo l'art. 914, nè può essere altrimenti. A rigore di termini prima d'allora non c'era un testamento, non c'era un erede testamentario a cui per ministero di legge potesse trasmettersi un diritto di possesso. Come si no per conciliarsi questi vari dettati, sarà compito degli espositori del Codice civile: io non posso occuparmene. Al mio argomento basta avvertire, che vi ha di necessità un tempo nel quale il possesso dell'eredità, almeno per la parte disponibile e disposta nel testamento olografo, pende sospeso: quel tempo potrebbe anch'esser lungo e molto lungo, ci sono dei testamenti olografi, non consegnati in vita dal testatore al notaio, che si discoprono per caso fortuito in un momento qualunque, e fanno brillare improvvisamente un'eredità, come un sogno, agli occhi di chi non si aveva posta veruna speranza.

In quest'ultima ipotesi l'erede legittimo si troverà in pieno possesso, nel possesso effettivo ed utile: e sarà allora che l'erede chiamato dal testamento olografo sarà costretto a farsi attore, e non potrà rivestirlo colle forme preliminari che innalzano quel foglio scritto al valore di testamento nei modi contrassegnati dai citati articoli. Egli sarà costretto dalla sua posizione e da quella dell'erede legittimo a domandare in giudizio il possesso e produrre la carta testamentaria, che, contraddetta, dovrà subire l'esperimento della verificazione, e il pretendente dovrà assumerne il peso e la responsabilità. Colla teoria già posta, questo caso diventa semplice. Più meritevole di attenzione è quello di un testamento olografo già conosciuto, presentato immediatamente alle autorità, forse anche consegnato al

notato prima della morte del testatore, secondo la prevalenza dell'articolo 912.

E qui due questioni possono farsi: 1° quomodo judicandum *nel necessario intervallo che deve occorrere fra la morte del testatore e il compimento delle prescritte formalità*, 2° in quale condizione si troverà l'erede testamentario in ordine alla prova, *verificandosi le cautele e le restrizioni portate dall'articolo 914?* Bisogna ritenere che la esistenza di un testamento impedirà all'erede legittimo il possesso che la legge pure gli accorda *di diritto*, malgrado la generalità e la naturale virtù di questa clausola, malgrado l'erede legittimo non abbia mestieri di preparare al suo possesso prova di sorta alcuna. Se non fosse così, mai e poi mai l'erede testamentario, che ha bisogno di corredar l'atto di formalità indispensabili dopo la morte del testatore, potrebbe ottenere dal canto suo il possesso di diritto dell'eredità, e l'articolo 925 sarebbe come non scritto per lui. Di fatti il possesso *de jure*, indipendente da condizioni, si trasmetterebbe immediatamente *et ictu fulminis*, come suol dirsi, agli eredi legittimi, specialmente se naturali continuatori del dominio del defunto, quali sarebbero i figli; e il possessore del testamento dovrebbe sempre fare una lite per mandar fuori i suoi avversari che acquistarono già il possesso tacendo e dormendo. No, questo non può essere. Vero è bensì che il testamentario, nei due casi della sezione VIII di questo titolo I del libro III, non potrà esercitare lo fatto actual di possesso se prima non possiede un testamento in forma provante, ma potrà allegare una specie di possesso virtuale derivante da un titolo abile, perfettibile, benchè non ancora perfetto, congiunto all'animo di possedere, onde sarà in grado di respingere *jure exceptionis* gli atti di possesso dell'erede legittimo escluso dalla vocazione del testatore.

Permettetemi di non andar più oltre in un tema che, a volerlo esaurire, richiederebbe ben lungo esame, e veniamo all'altro quesito.

L'art. 914 del Codice civile sembra porre un limite, una barriera al possesso del testamentario, ove dice: « Adempiute le formalità « stabilite dai due precedenti articoli, il te- « stamento olografo avrà la sua esecuzione, « *salvi i provvedimenti conservatori che l'auto- « rità giudiziaria davanti la quale fosse impu- « gnato il testamento, o il pretore nell'atto di « deposito in via d'urgenza, credesse di dare a « cautela degli interessati* ».

I *provvedimenti conservatori* di cui qui si favella sono relativi alla *esecuzione del testamento*. Ciò è chiaro e letterale. Vi sono dunque dei casi nei quali la impugnativa sorge contemporanea alla tradizione iniziale del testamento olografo, in vista della quale *l'autorità avanti la quale viene proposta*, sia il tribunale contenzioso, *ma lo stesso pretore nell'atto del deposito*, può prendere delle misure cautelari.

In tale stato di cose i *provvedimenti* che l'autorità può ordinare, *anche in via d'urgenza*, possono esser di maniera da menomare d'assai il fatto e la utilità del possesso, per esempio destinando un depositario, un amministratore, quando le opposizioni fatte al chirografo siano veramente serie e gravi, quando si tratti di cose facili a smarrirsi o a trafugarsi, carte originali importanti, somme, valori in pecunia o in effetti preziosi, e può stendersi, io credo, la indefinita podestà del giudice anche ad ordinare il deposito o sequestro della intera sostanza.

In queste due evenienze pertanto, a) di *pronta e immediata impugnativa*, b) di *possesso con vincolato*, e in conclusione imperfetto e più o meno effettivo di reale efficienza, quale sarà la condizione dell'erede testamentario rimpetto alla prova? Potrà egli dire di esser fondato nel testamento per respinger la prova, per imporre la prova contraria all'impugnante, o piuttosto sarà egli obbligato a fornir quella della verità e continuità del carattere del chirografo (articolo 775 del Codice civile), incaricandosi a propria spesa e rischio, della verificazione?

Ecco la questione nei termini più stretti e difficili. Affretterò la mia soluzione.

Il testamento olografo quando è stato ricevuto dal notaio alla presenza del pretore, e con ciò sia divenuto autentico quanto alla sua forma di testamento, costituisce a favore dell'istituito un documento sufficiente per far ricadere sulla parte impugnante l'obbligo di provare la sua impugnazione. Ciò bisogna ritenere per non rendere pressochè illusorio il favore attribuito dalla nuova legge al testamento olografo, e per dare ancora il debito peso all'autenticità che ha acquistata. Vero è bensì che la *fede* giuridica derivante da tale autenticità non riguarda che *la esistenza formale del testamento*, e non il suo intrinseco valore, in quanto deve constare dell'indeclinabile solennità del prefato articolo 775; ma la *presunzione di verità e di validità*, in tale condizione di cose, non può esser negata all'atto. E il possesso? non abbiamo noi veduto che in qualche eventualità il giudice può caricarlo di vincoli e di cautele, e qual ridurlo a un nome? È una impugnativa immediata e

precedente la stessa autenticazione dell'atto non avrà la forza di paralizzarne la efficacia, sicchè il portatore del testamento sia obbligato a farsi attore ed a provare? Rispondo che il possesso di cui si deve principalmente tener conto è il possesso dell'atto come testamento avente quei requisiti estrinseci che sono necessari onde la legge lo riconosca per tale, che un possesso di beni anche vincolato, crea una situazione *ostativa al possesso dell'erede legittimo, e dà esecuzione all'atto testamentario*, limitata finchè si vuole, ma bastante a riconoscere la sua forza legale. Che se la impugnativa, eziandio immediata, non ha impedito all'atto il suggello dell'autenticità, vano sarebbe il volervi attribuire una importanza maggiore di quella che potrebbe avere un impugnativa posteriore.

3. *Sul capoverso dell'articolo. Se il convenuto riconosce la scrittura*, il che significa, se non costringe l'attore al dispendioso giudizio della verificazione (V. l'articolo seguente), è giusto che l'attore che volle cautelarsi, *caveat de proprio*. Nel caso inverso si troverà pur giusto che il convenuto soccombente rifonda le spese.

Articolo 283.

Quando la parte contro cui la scrittura è prodotta non comparisca, questa si ha per riconosciuta in sua contumacia.

Se comparisca e non risponda, o rispondendo, non neghi la scrittura specificatamente o non dichiari di non riconoscere quella attribuita ad un terzo, la scrittura si ha ugualmente per riconosciuta.

Annotazioni.

1. Ciò che più colpisce alla lettura di questo articolo è il vario modo di ricognizione tacita, preordinato nell'evidente scopo di tor via gli equivoci, i sotterfugi, le false parate a dir così, imponendo alla difesa una condotta franca e positiva. Quest'articolo è spiegazione e commento all'articolo 1321 del Codice civile, che in vero ne aveva bisogno. Dalle parole « quegli contro cui si produce « un atto privato, *è tenuto a riconoscere o negare formalmente il proprio carattere o la « propria sottoscrizione* », poteva dedursi di leggieri che non si trattasse già *di esercitare un diritto* per parte di colui ai danni del quale si produceva uno scritto privato in giudizio, ma di adempiere un obbligo che gli fosse imposto.

L'articolo 283 della procedura porta su quell'oscuro dettato un sufficiente grado di luce, senza ricusare però come inutile l'ufficio del glossografo.

Si rileva che il convenuto (lo chiameremo così quantunque talvolta si trovi in questa condizione anche l'attore contro cui sia prodotta una scrittura), si rileva, dissi, che il convenuto: 1° *non è mai tenuto a riconoscere la scrittura*, ma piuttosto ch'egli rinunzia implicitamente alla impugnativa col suo contegno d'astensione, che la legge ha bene qualificato come accettazione dell'atto; 2° che invece volendo quella sua facoltà con effetto esercitare, *deve farlo nel modo prescritto*, cioè *negando la scrittura specificatamente:* e vuol dire negandola formalmente, espressamente, in conclusione apposita, e dichiarando se l'impugnativa cada sull'intero corpo dello scritto, o sulla sottoscrizione, o anche su parte dello scritto medesimo. La obbligazione adunque del convenuto è soltanto circa il modo o forma della impugnazione.

La specificazione è prudentemente avvisata dalla legge, per non lasciar dubbiezze e descriver campo ben definito all'opera della verificazione.

L'articolo 1321 del Codice civile è anche poco esatto là dove dice che è tenuto a negare, ecc., *il proprio carattere o la propria sottoscrizione*. Chi nega *la propria sottoscrizione*, nega *il proprio carattere* altresì, tuttavia nel suo concetto è più esplicito del presente articolo, se pure nella formola *specificatamente* non voglia intendersi compreso anche questo bisogno di determinate impugnative. (Una impugnativa meno precisa potrebb'esser corretta per ordine del giudice). Generalmente chi *nega la propria sottoscrizione*, nega tutto l'atto, nondimeno havvi qualche specialità meritevole di essere ricordata.

È superfluo il dire che qui non si tratta d'altra impugnativa fuor quella del carattere, vuoi del corpo intero dello scritto o della firma soltanto, salvo rimanendo alla indefinita serie delle eccezioni combatterne l'efficacia giuridica. Avviene talora che senza negare la sottoscrizione, si nega il carattere del corpo dell'atto, o anche di una sola parte di esso;

sottoscrizione e la firma, ciascuno impugna la scrittura per conto proprio. Dei tre apparenti firmatari, uno solo la contraddice: ebbene, stabilito ch'egli non ha firmata la scrittura, resterà presuntivamente vera la firma degli altri, e la ricognizione tacita avrà tutta la sua forza quanto a loro. Ma può avvenire che da una *sola sottoscrizione scaturisca l'obbligo dei vari convenuti*. È il caso di più eredi, taluno dei quali nega di riconoscere la scrittura dell'autore mentre gli altri non negano e tacitamente la riconoscono. Trovata falsa la firma, dovrà aver luogo, secondo il mio sistema, la teoria sovra esposta, anche nell'interesse loro.

Ora veniamo al caso del contumace. È facile la soluzione. Dovendosi la giustizia fare per verità non per ludibrio di forme, poichè le forme intendono ad assicurarne il trionfo non a soffocarla sotto il loro peso, dovendosi il contumace giudicare in verità e non in odio della sua contumacia, se la scrittura impugnata dal comparso risulti falsa, qual giudice oserebbe condannare il contumace, solo perchè non diede segno di sè, mentre assolve i coobbligati in un solo e identico e comune negozio?

b) Quid *se trattasi di obbligazione indivisa e indivisibile per natura?* La indivisibilità e la indivisibilità di una obbligazione sotto quanti aspetti può presentarsi, di quante modificazioni è capace? Noi prendiamo qui la indivisibilità nel suo senso più ristretto ed assoluto. Or bene: la nostra convenzione ha per oggetto di assicurare al signor *B* la qualità di amministratore di una società, poniamo civile. Ogni socio appare firmato su quella carta, senza questo, senza cioè il consenso di ogni associato, l'amministratore non sarebbe. Uno dei cinque apparenti firmatari nega la propria sottoscrizione. È dimostrata falsa. Ciò basta all'esclusione dell'amministratore nominato, che non può essere e non essere amministratore di un ente unico e collettivo, quale è la società. Qual effetto avrà il riconoscimento formale ed espresso, cioè la confessione giudiziale degli altri quattro? Non potrà averne alcuno. È questo uno dei lati più trascurati della teoria della confessione giudiziale, forse per la evidenza sua. Una confessione giudiziale di questa maniera che va ad urtare contro il principio di contraddizione, deve ritenersi condizionale: se ed in quanto possa avere effetto.

c) *Chi s'intende per terzo?* Se la scrittura privata che mi è opposta è convenzione di terzi, nella quale io non sono intervenuto, non avrò bisogno, generalmente parlando, di negarla nella sua forma materiale, mi sarà indifferente, sia o no scritta o sottoscritta dai terzi. Ciò non mi riguarda, se non sono legato da quella convenzione. Tuttavia non mi è tolto di formalmente negarla, e costringere il producente alla verificazione.

Ma l'articolo non dice tutto quello che dovrebbe, secondo la sua stessa intenzione.

La scrittura non è attribuita a me, sibbene al mio *autore*. Io sono erede o successor singolare. Quale improprietà chiamar terzi quelli che stanno fra loro in tale rapporto! Veramente e propriamente terzo, io posso passarmi della verità materiale della scrittura, mi basterà il dire che io non sono obbligato al fatto altrui, e in tema specialmente di scrittura privata, mi basterà invocare il presidio dell'articolo 1320 del Codice civile. Ma il fatto dell'*autore* mi obbliga: è il fatto mio nel punto di vista giuridico. Non però nell'ordine materiale, la mia mano non ha vergata quella carta: io non nego, perchè forse nol potrei, ma *ho diritto d'ignorare* — non riconosco. — E la questione non è di parole. Questa formola recisamente negativa mi dispensa da ogni *specificazione*, condizione imposta alla diretta negazione dell'atto.

Che manca adunque nel testo di questo articolo? Manca una parola necessaria — la parola *autore* che si riscontrava nella relazione Pisanelli: «L'interpellato a riconoscere la «scrittura o a negarla, è tenuto a rispondere; «egli deve dichiarare, *anche per organo del «suo procuratore* (giova notarlo), se ammette «o nega la verità della scrittura a lui attri«buita, o se non è in grado di riconoscere «quella del suo autore o di un terzo». Noto che la interpellazione espressa non è necessaria, perchè colla sola produzione della scrittura, in un giudizio che non abbia per oggetto diretto e principale la ricognizione della scrittura, il convenuto *habetur pro interpellato*. Pertanto la nostra condizione di terzi si pareggia a quella degli *aventi causa*, in quanto possiamo spedirci col facile non nosco hominem, lasciando alla contraria parte il peso della verificazione.

A mostrare ulteriormente che non è un disputar di parole, fate quest'altra avvertenza. Chi è in diritto di non riconoscere la scrittura, a prova fatta, non incorre nelle gravi penalità dell'articolo 286.

d) *Vi è forse un termine entro il quale si deve impugnare la scrittura nei modi designati da questo articolo?* La legge non ne prescrive alcuno, nè tampoco dichiara letteralmente che la difesa fatta nel merito pregiudichi al diritto di negare la scrittura. Che la confessione giu-

diziale frapponga all'esercizio di questo diritto un ostacolo insuperabile, è indubitato. Ma oltre la confessione giudiziale propriamente detta, conformata alle prescrizioni dell'articolo 1356 del Codice civile, ha pure forza ostativa *il contratto giudiziale* che si compone di quegli atti di offesa e difesa delle due parti, che, discordanti nel fine, concordano o nelle forme o nei mezzi della trattazione o in qualche punto della questione che perciò diventa irretrattabile. Se le parti spiegarono i loro argomenti sugli effetti giuridici della scrittura, senza riserva, senza opporre la insufficienza materiale dell'atto, così implicitamente riconosciuto, indarno si farebbe ricorso a una tarda e poco leale impugnativa.

Ma per avventura anche più severo è l'articolo 283. Nondimeno, essendochè la sua redazione è una delle meno perfette, il critico sottile trova qui pure una menda non lieve.

Se il convenuto *rispondendo non nega la scrittura* la sentenza è data: *se nella prima sua conclusione* delibera sul merito o porge altre eccezioni (che non siano d'incompetenza), e non neghi *formalmente la scrittura*, la scrittura è riconosciuta. Ma *se comparisce* (cioè se non si rende contumace) *e non risponde*, la scrittura, dicesi, è del pari riconosciuta. Sta bene. Ne segue chiaramente che, malgrado il continuato silenzio del convenuto, il giudice ha per riconosciuta la scrittura, e su questa base decide. Ma se rimasto silenzioso sino ad un certo tratto della causa, il convenuto si risolve a parlare, e la sua prima voce è del negare *formalmente la scrittura*, non dovrà forse essere ascoltato? O in altro modo, sarà egli decaduto da questo diritto se *nella prima conclusione* ossia *nel primo termine che gli è assegnato a rispondere*, non avrà impugnata la scrittura? È ciò che la legge non dice, ed è ciò che non può ritenersi.

Articolo 284.

Quando si debba procedere alla verificazione della scrittura, la parte che ne fa domanda deve proporne la prova con documenti, o col giudizio di periti, o per mezzo di testimoni, e depositare la scrittura nella cancelleria, dove rimane sino al termine della procedura.

La prova testimoniale non è ammessa che congiuntamente alla perizia, salvo che questa sia impossibile per difetto di scritture di comparazione.

L'ordinanza o la sentenza, che ordina la verificazione della scrittura, delega un giudice per procedere alla relativa istruzione

Annotazioni.

1. Mettiamo a libro le prime parole — *quando si debba procedere alla verificazione*. Osserviamo che l'articolo 376 dell'ultimo Codice sardo tenne questa locuzione — *si fa luogo alla verificazione quando, ecc.*, e cerchiamo la ragione del cangiamento. Per esso si avvalora la massima, già accettata dalla giurisprudenza, che il giudice può prescindere dal lungo e dispendioso processo di verificazione, se col giudizio dei propri occhi e del proprio criterio può assicurarsi del vero. È una estimativa che dipende dal criterio del giudice. La legge di procedura ha pure modificato, o temperato, se si vuol dir così, la rigidezza dell'art. 371, che diceva senz'altro — *quando la parte nega, ecc., se ne ordina la verificazione giudiziale.* In molti casi il più semplice confronto di una firma certa con quella impugnata ci porta nello spirito una convinzione piena: non oltrepassa il confine delle sue attribuzioni il giudice che esercita immediatamente, anzichè dopo un lungo e superfluo esperimento, la sua facoltà di perito supremo. Si ponga ben mente che la mia proposizione non vuol esser troppo generalizzata, e che io non faccio che adattarla al caso presente secondo la dottrina del Pigeau, *Comment.*, t. 1, pag. 427; Thomine, tom. 1, pag. 55, 56, Chauveau in Carré, quest. 803 *ter*, e di tanti altri. Abbiasi pure avvertenza, che se il tribunale crede potersi dispensare dalla verificazione, non può farlo senza motivare la ragione che ve lo indusse, quale conseguenza dell'esame che vi ha portato.

La sopradetta formola *dal volere estimativo* del giudice si estende *all'obbligo che gli impone il diritto* di non ordinare prove inutili; prove che sarebbero anzi in contraddizione e in violazione dello stesso diritto. Percorrendo questa materia sotto diversi aspetti, nello studio dei due precedenti articoli sono venuto notando i vari subbietti scritturali suscettivi di verificazione, nè altro aggiungo. Se non che in quelli io ricercai più presto le condizioni del soggetto verificabile in relazione

al merito e alla ragione della prova che la ordine alle disposizioni di diritto. La situazione è delicata e non facile il tema, e debbo spenderci ancora alcune parole.

Se si oppone al giudizio di verificazione una eccezione di nullità, il Pigeau introducendo la solita distinzione fra nullità assoluta e d'ordine pubblico e nullità relativa, e disse che rispetto alla prima corre al giudice un dovere imprescindibile di rigettarla; rispetto all'altra, la verificazione potersi ordinare, salvo al tribunale occuparsi della nullità dopo il processo verificatorio (*Comm.*, t. I, p. 427). Quest'ultima opinione non deve seguirsi, secondo Dalloz, Thomine, Chauveau, e come decise qualche corte. Ed assai bene io penso. In prima non è cosa agevole venir separando in questa materia le eccezioni che interessano o non interessano l'ordine pubblico; teoria che accostata alla pratica produrrebbe più questioni che non fosse atta a troncarne. Si vuol provare una donazione e si presenta alla verificazione una scrittura privata? Osta una legge precisa (articolo 1056 del Codice civile), che sarebbe inevitabilmente violata dal giudice che ammettesse la verificazione. Si oppone la prescrizione? Potete dar passo alla prova, direbbe Pigeau, perchè una tale eccezione non è propriamente d'ordine pubblico, salvo il dedurla e giudicarne di poi. L'una non è d'ordine pubblico più che l'altra; materia che non posso ora qui vedere dal lato teorico, ma verrà luogo, io credo, nel corso di questo commento ove lo dovrò. Intanto si trova abbastanza assurdo che una eccezione formale di prescrizione, o di novazione, o di rinuncia, o d'incapacità obbligatoria, e via discorrendo, si debba lasciar sospesa accordando la verificazione e non piuttosto esaminare preliminarmente la perentoria eccezione o desiderio. È un potere di cui è de *jure* investito il tribunale della verificazione, ed egli deve farne uso risolutamente anche nello scopo di provvedere all'economia e brevità dei giudizi. È chiaro che la cognizione appartiene al tribunale, non al giudice delegato che a lui rinvia la causa.

2. *Dei mezzi proponibili alla verificazione, dell'ordine di essi, e della loro efficacia rispettiva.* Alla parte la scelta, e così da lei dipende il dar opera ai vari modi della verificazione secondo le esigenze della prova stessa. Al seguente articolo daremo cenno se almeno sia facoltativo al giudice ordinare la prova per periti.

La legge non si oppone al simultaneo proposto dei mezzi; l'attore può averne il bisogno. Il magistrato però saprà distribuire questa forza così accumulata sotto la sua mano dalla impazienza dell'attore.

L'articolo non fornisce che una sola norma, che *la prova testimoniale cada compagna alla perizia*, se è possibile. Pare indizio di diffidenza della prova testimoniale, o forse giudizio della poca idoneità di questo mezzo a verificare una scrittura. Tuttavia una dottrina che io trovo giusta in massima varierebbe alquanto da questo concetto meramente deduttivo. « On ne peut dire que dans le conflit de « divers genres de preuves, et dans l'incertitude qui pourrait en résulter, il est du « devoir du juge de donner la *préférence à* « *la preuve résultante des titres par lesquels* « *aurait formellement reconnu l'écrit ou fait de* « *conventions qui en supposeraient l'existence*, « *qu'il doit ensuite avoir égard aux déclara-* « *tions positives des témoins*, sur des faits « relatifs à la confection de l'acte *de préfé-* « *rence aux apparences données par des experts*, « après comparaison de l'écriture. Cette der- « nière preuve est, de toutes celles qui sont « admises en justice, la plus conjecturale » (Carré, tom. II, pag. 316, nota). La gradazione è approvata dalla critica, guardiamoci però dall'incatenare colla teoria il potere discrezionario del giudice, lasciamogli la libertà che gli conviene; sarà meglio, perchè al valore astratto della prova non sempre corrisponde la sua attitudine al caso proprio. « Lorsque la « législation admet trois genres de preuve (di- « ceva il Perrini), il laisse à la conscience du « juge, éclairé par la réflexion et le recueille- « ment, à prononcer sur les résultats. »

Ciò basti, noi supponiamo qui l'ammissibilità di ognuno di codesti mezzi di prova in qualunque caso; all'art. 291 vedremo se possa incontrare difficoltà l'adozione assoluta della prova testimoniale.

3. L'ordinanza (del presidente), o la sentenza *che ordina la verificazione*, non dovrà eziandio prescrivere in genere l'istrumento della prova? Se coll'opera di periti o di testimoni ovvero col concorso simultaneo o successivo di codesti mezzi? Il potere del giudice delegato che può anche non appartenere al collegio giudicante (articolo 208) è bensì indefinito e in certa guisa illimitato perchè discrezionale, *in tutto ciò che spetta alla esecuzione*, ma non può egli al certo decretare il sistema della prova che involve un rapporto di attitudine e di convenienza colle ragioni intrinseche della causa. Adunque la ordinanza se la cosa procede *de plano* e senza contestazione, o la sentenza del tribunale detterà questa norma primaria, lasciando il resto alla vigilanza dell'istruttore.

Articolo 285.

Quando si proceda alla verificazione per mezzo di periti, il giudice nomina d'ufficio i periti, e designa le scritture di comparazione, se le parti non siansi accordate, e stabilisce il luogo, il giorno, e l'ora in cui dovrà aver luogo la presentazione della scrittura, e la perizia

Nel caso di ricusazione dei periti, si procede nel modo stabilito del paragrafo 4 di questa sezione.

Annotazioni.

1. *L'accordo delle parti*, tanto è per le *scritture di comparazione*, quanto per le *persone dei periti*, con applicazione del capoverso dell'articolo 253.

2. Qui non si parla che di *periti*: non potrà deputarsi un solo perito? Anche un solo, io credo: havvi operazioni ben semplici, e già ci troviamo in accordo col principio dell'art. 253. È pure in me la opinione, che nominati tre periti dal tribunale, le parti possano concordarsi in un solo

Ciò appare molto ovvio, eppure non passa senza contrasto. Dirò anzi che ben pochi sostengono così, fra questi è il Pigeau, *Commentaire* tom. i, pag. 429, e stanno avversi Thomine, Chauveau, Boncenne, ed altri molti.

Quanto alla ragione generale allegano il grave compito di una perizia di questo genere, il bisogno di un concorso di pareri per supplire alle scarse garanzie che presenta una perizia calligrafica. E intanto siamo ammoniti a non attingere troppo sicuramente le nostre norme dal regolamento delle perizie comuni, trattandosi di una operazione molto speciale. Quanto al diritto positivo la procedura francese porge un testo ben esplicito, che dice « Le jugement qui autorisera la vérification « ordonnera qu'*elle serait faite par trois experts*, « *et les ordonnera d'office* (articolo 196). Nello stesso preciso tenore era l'articolo 230 della fu procedura siciliana, e il 308 dell'ultimo Codice sardo.

Io non so se quei legislatori adottassero la dizione francese per un maturo esame che ne avessero fatto: ma quando si cangia tuono, allora è certo che un proposito si ha. L'articolo 285 non ripete l'ordinamento dei tre periti: invece *il giudice nomina d'ufficio i periti*. Se il legislatore avesse voluto mantenere la disposizione, non avrebbe mutata una espressione evidente in una per lo meno equivoca.

Posta così la quistione a fronte di un testo suscettivo d'interpretazione, le regole generali, d'altra parte così ragionevoli e saggie, ripiglieranno la loro forza. L'*oggetto è speciale* senza dubbio, ma i contrari dovrebbero dimostrare altresì che la specialità dell'oggetto influisce sull'applicazione del mezzo probatorio; e in ciò vanno errati. Il § 4 di questo capo, procedendo in modo generale, abbraccia ogni tema più arduo e più difficile, perchè non ne esclude alcuno, eppure la nomina di *tre periti* non è mai necessaria, e in alcun caso è tolto alle parti concordi, mentre esercitato in tempo il loro diritto, designare alla controversia loro un solo perito. Rammentate che il giudice non è tenuto nemmanco a tirarsi dietro un perito, e può giudicare coi propri occhi della verità o sostituzione di un carattere se chiaramente si scorga (*Esposizione* del precedente articolo). Perchè adunque a lieve dubbio che gli rimanga, in cosa d'altronde apparente e molto semplice, non potrà stimare che basti un solo perito? L'arte calligrafica ha i suoi lemmi e criteri fondati nella esperienza e in quella, a dir così, fisonomia del carattere che senza sforzo non può mutarsi, e se non ne avesse, non saprei perchè dovesse invocarsi a lume dei giudicanti, e come la virtù dimostrativa che manca a quest'arte potesse acquistarsi dal numero dei voti.

3. Il giudice delegato all'istruzione del processo di verificazione lo è pure *al processo di ricusa del perito o periti*? Bisogna avvertire che la ricusazione è ammessa per *sentenza*, come per sentenza può essere esclusa (articolo 257); è quindi attribuzione del collegio. All'atto regolare di ricusazione il delegato dovrà sospendere le operazioni della verifica; esaurito il processo di ricusazione, regolato in tutt'altra forma, ripiglierà l'ufficio suo.

Articolo 286.

Quando le parti non si accordino sulle scritture che devono servire di comparazione, il giudice può ammettere soltanto:

1° le firme apposte ad atti seguiti davanti notaro o altro uffiziale pubblico;

2° le carte che quegli, la cui scrittura devesi verificare, abbia scritte o firmate in qualità di uffiziale pubblico;

3° le scritture o firme private riconosciute dalla persona cui si attribuisce la scrittura da verificarsi, ma non quelle che siano da essa negate o non riconosciute, quantunque state precedentemente verificate o dichiarate come sue proprie;

4° la parte riconosciuta o non negata della scrittura medesima da verificarsi.

Annotazioni.

1. *Sulla procedura.* E qui pure ci appare il fenomeno altre volte da noi segnalato di una procedura, per dir così, lasciata in bianco alla cura del causidico. *La scrittura è depositata in cancelleria, ove rimane fino al termine della procedura* (art. 281). Ottimamente; ma l'articolo 377 della cessata ordinava: *Del deposito si farà constare con processo verbale firmato dal deponente e dal segretario, il quale descriverà in esso lo stato della scrittura. Si apporranno pure le firme del deponente e del segretario ad ogni pagina della scrittura.* Non è forse necessario tutto questo, non è rigorosamente indispensabile?

Nell'articolo 378 era posto obbligo all'attore *di notificare entro cinque giorni successivi alla parte contraria il deposito nella segreteria, l'accertamento dello stato della medesima fattone dal segretario, non che il provvedimento portante nomina del giudice commesso.* Era in questo atto che si proponeva la prova della verità della scrittura con uno dei tre mezzi statuiti, proposta che noi riferiamo all'articolo 234.

Eravi pure un'altra bella disposizione nell'articolo 379. Il convenuto aveva un termine di tre giorni per esaminare la scrittura in cancelleria, *e apponeva la sua firma sulla scrittura, di che si redigeva processo verbale*, onde constatarne in modo assolutamente incontrastabile la identità.

L'articolo 380, passato il termine accordato per la ispezione della scrittura in cancelleria, ordinava la citazione dell'altra parte *per convenire sui periti da nominarsi e sui documenti che dovranno servire di confronto.* Ora se ne dà appena un cenno nel presente articolo, dal quale s'impara che *le parti possono accordarsi fra loro sulle scritture che devono servire di comparazione*, ma ogni regola è scomparsa, e si va a tentoni cercando la via.

Io non posso proporre, non posso sostenere esistenti quei regolamenti che sono aboliti colla legge nuova. Nè mi è dato di raccogliere un competente surrogato nelle disposizioni generali qui dove trattasi di modalità particolari e tutte proprie di questo processo. La pratica antica, la logica del rito che è d'ogni tempo, il bisogno assoluto di quelle o somiglianti forme salutari, regoli la nostra condotta e supplisca all'enorme lacuna del Codice.

2. Soltanto il n° 3 di quest'articolo merita spiegazione.

Fermiamo in principio che la disposizione nel suo complesso è tassativa, che non ammette equipollenti; che se i documenti di confronto non hanno le caratteristiche designate, non essendo ammissibili, non hanno il menomo valore, neppure sussidiario e illustrativo.

Scritture o firme private riconosciute diconsi quelle che il convenuto dichiara esser proprie *all'atto medesimo in cui vengono esibite* per la comparazione. Ma se vedutele, nega e contrasta che siano sue, *quantunque state precedentemente verificate o dichiarate tali*, anche in forza di sentenza e di regiudicata, non forniranno elemento legittimo di confronto. Il Boitard ha dato la seguente spiegazione ad una legge identica: « Quel est « donc le motif de cette dernière solution? « Pourquoi une pièce contestée d'abord, mais « judiciairement reconnue n'est-elle pas ad- « mise comme pièce de comparaison? *Il ne « faut voir dans cette décision que l'applica- « tion du principe de l'autorité de la chose « jugée. La chose jugée ne constitue qu'une « vérité relative.* Le jugement ne produit son « effet qu'entre les mêmes parties, agissant « dans les mêmes qualités, relativement à la « même chose, et lorsque la demande est fon- « dée sur la même chose » (*Leçons de procédure*, articolo 200). Tizio in un tempo più o meno vicino aveva impugnata la sua firma apparente da un obbligo privato verso Caio che la fece verificare giudizialmente. Ora si porta fra i documenti comparativi quella carta col suggello della cosa giudicata. Non basta per le ragioni del citato autore; ragioni che mi

parvero sempre un po' cavillose. ma che farci? La legge è questa. Forse c'è dentro un motivo pratico più valevole di quello astratto e teorico; il motivo di non doversi risolvere lì per lì da un giudice di autorità limitata o speciale una questione chè tale potrebb'essere. Come si potrà in questo momento determinare se c'è o no regiudicata, se quel Tizio si difese come poteva, se fosse proprio identico l'oggetto della impugnativa, ecc.? Insomma l'attuale negativa solleva una dubbiezza che annebbia quella limpida certezza di cui abbiamo bisogno, e dobbiamo guardarci dall'innestare una questione sopra l'altra. Motivi somiglianti sono addotti nella Relazione Pisanelli.

E lo stesso dubbio, lo stesso pericolo, l'austerità degli stessi principii, non faranno ugual forza, *trattandosi di segnature poste in atti autentici e che sostennero contestazione giudiziale*, per quel mezzo, s'intende, che è opportuno cioè in processo di falso? « Cette si« gnature (mi servirò qui pure di un altro « passo di Boitard) judiciairement déclarée « vraie par le jugement sur le faux, sera-telle « admise comme pièce de comparaison dans un « procès ultérieur, aux termes de l'art. 200 « (e noi diremo del n° 3 dell art. 286?). *Non*, « *d'après le principe d'autorité de la chose* « *jugée* (e appresso i motivi da noi aggiunti). « Cette signature n'est déclarée vraie, aux « termes de l'art. 1351 du Cod. civ (1351 del « nostro) que pour le procès dans lequel l'in« scription de faux a eu lieu. En un mot tout « ce que j'ai dit plus haut pour justifier la dis« position de la loi qui exclut des pièces de « comparaison les signatures des écritures pri« vées judiciairement reconnues après conte« station, *s'applique aux signatures opposées* « *aux actes autentiques, lorsque leur sincérité* « *a été précedemment contestée quoique judi*« *ciarement reconnue* ».

3. Codesti materiali raccolti, i soli legittimi, sono sottoposti alla ispezione dei periti Se la ordinanza del giudice non si conforma alla disposizione della legge, è suscettiva di reclamo secondo l'articolo 209.

Articolo 287.

Quando le scritture di comparazione siano presso depositari pubblici, ed il trasporto non ne sia vietato, il giudice delegato può ordinare che i depositari, nel giorno ed ora da lui indicati, le presentino nel luogo in cui deve farsi la verificazione, sotto pena di una multa estendibile a lire cinquecento.

Se le scritture siano presso altre persone, queste possono essere obbligate nelle vie ordinarie a presentarle, sotto pena del risarcimento dei danni.

Se la verificazione debba eseguirsi nel luogo in cui si trovano le scritture di comparazione, il giudice vi si trasferisce, e dà i provvedimenti necessari.

Articolo 288.

Quando sia stato ordinato il trasporto delle scritture di comparazione nella cancelleria, e il depositario di esse sia un funzionario pubblico, deve questi, prima di consegnare gli originali, farne una copia, che sarà verificata sull'originale dal giudice procedente, o da un altro giudice delegato a norma dell'articolo 208; di ciò si fa processo verbale, copia del quale è annessa alle carte di cui si fa consegna.

Il depositario ripone fra le sue minute in luogo dell'originale la copia delle carte consegnate, affinchè vi resti sino alla restituzione di quello, e può, se occorra, darne altre copie, con l'obbligo di fare menzione in esse del detto processo verbale.

Il depositario è rimborsato delle spese dalla parte che ha chiesta la verificazione. Queste spese sono tassate dal giudice delegato con ordine di pagamento in margine del processo verbale.

Il provvedimento tien luogo di sentenza spedita in forma esecutiva.

Articolo 289.

Quando le scritture di comparazione siano presentate da depositari pubblici, o

la presentazione si faccia in luogo dal quale non possano essere trasportate, i depositari debbono essere presenti alla verificazione. Quindi ritirano le scritture, e, occorrendo, devono presentarle di nuovo.

Negli altri casi il giudice può ordinare che le scritture restino depositate presso il cancelliere, il quale ne rimane responsabile. Se il depositario sia uffiziale pubblico può farne copia autentica nel modo e per l'oggetto indicato nell'articolo precedente, quantunque il luogo dove si fa la verificazione sia fuori del distretto del suo uffizio.

Annotazioni

1. *Depositari pubblici.* Oltre i notai, i cancellieri, i funzionari preposti alla custodia degli atti dello stato civile, i segretari dei municipi per gli atti del loro uffizio, ecc. (Pothier, *Della procedura civile*, p. 1, cap. 3, art. 2; Boitard, art. 201, p. *f.*; Locré, t. XXI, p. 250). *Conservatori perpetui* degli atti del loro ufficio, perciò chiamati *depositari pubblici*. Sopra questi, appunto perchè ufficiali pubblici, cade direttamente e senza intermedio di forme giudiziali e di documenti, l'autorità del giudice con quei mezzi che chiamansi disciplinari. Militanti in quell'esercito, devono obbedire, senz'altro, all'ordine del superiore.

L'*arresto personale* è stato tolto: la multa fino a lire 500, senza pregiudizio delle contravvenzioni alle quali possono essere soggetti, dovrebbe bastare.

L'art. 287 accenna evidentemente a quelle scritture che sono presso *depositari pubblici*, come tali, come custodi di quel tesoro che la fede pubblica ha consegnato nelle loro mani. Il pubblico ufficiale, preposto a questa custodia, potrebbe possedere una carta considerata materia buona di confronto, a titolo semplicemente privato, ovvero se la contemplazione della sua qualità di ufficiale pubblico venne la custodia a lui affidata. L'atto può non esser pubblico. Questa condizione di cose può produrre diversi e non conformi effetti in quanto venga applicabile al caso la prima o piuttosto la seconda parte dell'articolo 287.

L'effetto, se dicevo, sarebbe diverso, diverso pure il metodo da osservarsi di quanto quelle due parti dell'articolo si differenziano fra loro. Talvolta i notai fanno semplicemente atto di ricognizione delle firme (articolo 1323 del Codice civile), qualche altra, per comune fiducia delle parti, conservano nel loro scrittoio carte private.

Pubblico depositario, lo ripeto, è chiamato il pubblico ufficiale o funzionario *in relazione agli atti del proprio ufficio*, di che si ha pure argomento dal seguente art. 288. Per questo solo egli è stretto verso la giustizia di un obbligo maggiore di quello di cui rispondono gli altri cittadini: depositario a titolo privato, depositario confidenziale e precario, non avrebbe che il debito comune.

Se non che l'atto può essere privato, e nondimeno ricevuto nella qualità e in relazione al pubblico ufficio (ciò è detto principalmente dei notai): possiamo, la carta venne consegnata a custodia perpetua e archiviata fra i pubblici depositi, benchè non acquisti con ciò il grado di atto pubblico. Il notaio deve rispondere della presentazione e come funzionario pubblico, soggiacere a quella pena.

2. *Se il trasporto non sia vietato.* L'articolo 202 del Codice di procedura civile francese ebbe l'accorgimento di prevedere che in qualche caso il trasporto del documento non dovrebbe farsi, si *les pièces de comparaison ne peuvent être déplacées*. Il motivo razionale di questa eccezione è l'interesse pubblico che richiede la permanenza del documento in un luogo determinato, forse anche perchè non è che una frazione di un tutto inseparabile. « S'il « s'agit d'opérer sur le registre courant que « tiendrait un greffier, un conservateur des « hypothèques, un officier de l'état civil » (Carré, note, t. II, p. 526). È curioso l'osservare quanto la espressione esatta di questa limitazione sia riuscita difficile ai redattori dei nostri Codici. In quello del 1854 « nel caso che le carte di « confronto non potessero essere trasportate » (art. 382) poco diversa quella dell'articolo 306 del Codice del 1859: e imprimeva la idea di una gravezza materiale quasi di ingenti volumi da trasportarsi. L'attuale suppone una condizione di diritto che potrebbe anche non esistere nei regolamenti, e lascia l'animo sospeso. Speriamo che un nuovo Codice ne trovi un'altra migliore.

3. *Se sia nella facoltà del giudice delegato pronunciare la condanna minacciata dalla legge contro il pubblico depositario non comparso.* La legge francese, più severa, costringe il pubblico depositario colla pena dell'arresto personale. Muta cosa pure negli attributi del giudice delegato, fece nascere delle questioni. Ma trattavasi di penalità assai grave; per un

funzionario pubblico, spaventosa. Quindi Pigeau, l'uomo delle mille opinioni, fu autore che si ritenesse siffatta pronuncia superiore all'autorità del giudice e devoluta al tribunale (*Commentaire*, t. I, p. 311). Due ragioni adduceva: che per la legge civile l'arresto personale non si proferisce che con sentenza (articolo 2067), per semplice ordinanza non mai, che si condannerebbe senza sentire la parte, perchè non comparsa. Divisero quell'opinione Boncenne, Dalloz, Chauveau: ma la respinsero il Delaporte, Demiau, Favard de Langlade, ed altri.

Altro è la *comminatoria penale*, ed altro l'*applicazione della pena*. Veramente la minaccia della pena scritta nella legge deve passare nella formula dell'ordinanza dettata dall'articolo medesimo. « Il giudice può ordinare che i depositari nel *giorno ed ora da lui indicati le presentino* (le carte) *nel luogo*, « SOTTO PENA *di una multa estendibile a L. 500* ». Questo è adunque il tenore dell'ordinanza: al comando va congiunta la sanzione penale. Il depositario non comparisce. Allora è che si fa luogo all'*applicazione della multa*. La comminatoria è indeterminata: la pena deve essere determinata e specifica secondo la importanza della causa, la qualità del documento, il grado della responsabilità, secondo insomma le circostanze la multa può essere ridotta. È perciò indispensabile un secondo decreto. Il chiamato non comparisce in persona, non si giustifica o crede giustificarsi. Ecco ribadita la necessità di un secondo decreto. Chi lo pronunzia? Il giudice delegato o lo stesso collegio?

La soluzione del quesito ci può essere fornita dall'articolo 62. Io ne deduco *che lo stesso giudice delegato pronuncia il secondo decreto, e applica la multa*. In fatti l'articolo 63 indica che ciò avviene in due maniere: *a richiesta del pubblico ministero*, o per officio. Non essendo caso nel quale abbia luogo la richiesta del pubblico ministero (1), ne segue che la multa è applicata d'ufficio: ed è facoltà inerente all'attributo del giudice delegato, appartiene al disciplinare di cui è fornito per lo esercizio sicuro delle sue funzioni. A ciò provvede col suo secondo decreto, a fatto verificato e constatato nel processo verbale. Modo compendioso e assoluto, se vuolsi, di cui non mancano altri esempi sì nel civile che nel penale, ora trattandosi di testimoni in difetto, ora di giurati che non si presentano. Disciplina severa, ma garanzia d'ordine.

Che si oppone? La mancanza della difesa? Ma la legge stessa vi dice che si può essere condannato alla multa senza difesa, e soccorre col diritto di reclamo: « chi sia stato condannato ad una delle suddette pene (pecuniarie) « *senza essere stato sentito prima nelle sue discolpe*, può farle valere nei dieci giorni successivi, ecc. » (art. 62). *Il reclamo è portato alla stessa autorità giudiziaria che ha applicato la pena* (articolo suddetto). L'attribuzione continua dunque nel giudice delegato tanto quando ne pronunciò avesse in contumacia, e ora pronuncia a ragioni vedute, onde può assolvere. Non esclude la facoltà di rimettere la causa *a udienza fissa*, cioè avanti il collegio, se il caso si presenti grave: facoltà che deve sempre valere nel giudice delegato in contingenze gravi. Non esclude neppure l'ulteriore rimedio dell'articolo 509. Ordinamenti così tutelari, così conformi alla ragione della difesa, devono aversi per praticabili ognora che non si trovi nella legge una disposizione contraria.

6. Passiamo alla obbligazione di altri che non siano depositari pubblici.

Quando si provi che un privato è detentore di carte capaci di fornire validi argomenti alla verificazione, *quisque de populo* è tenuto a presentarle *jussu judicis*. È una natura di processo che si estende fuori della cerchia ordinaria di una contestazione solita ad alimentarsi delle produzioni che si fanno dalle parti nel rispettivo interesse. Il giudice è vestito di un potere discrezionale *ad hoc*, a questo preciso effetto della verificazione: non ad imporre delle produzioni che vengano ad aumentare la mole degli atti, e sbilanciare, per dir così, le condizioni del processo medesimo; ma a procacciarsi dei mezzi di prova per condurre a termine la peculiare missione che gli è affidata. Egli può battere adunque ad ogni porta, e gli dev essere aperta.

Questo potere è regolato dalla prudenza, dal senso pratico, da una certa necessità, onde si rimuova il pericolo dell'abuso e della indiscrezione. Non è una *compulsoria* nel senso della parola, quindi non si allegano eccezioni di diritto per non produrre il documento: no; è semplicemente un obbligo morale, un sussidio che ognuno deve prestare all'opera della giustizia per iscoprire una verità di cui si va in traccia, e di cui si ha un bisogno immediato.

(1) Nel nostro sistema il pubblico ministero non interviene nel giudizio di verificazione, tranne che non sia parte principale; altro è nel giudizio di falso incidente, di che a suo luogo.

Nondimeno si è introdotta una distinzione fra il convenuto e il *terzo* rispetto a quei documenti che potrebbero tornare in danno dell'esibente. È nel proposito di quest'ultimo che disse Pothier: « Se l'atto è nelle mani di un « terzo cui appartiene, e la produzione del« l'atto può recargli danno, *non si può obbli« gare a presentarlo* ». Ma che sarà del convenuto? Il celebre autore estende anche a lui il favore della sua dottrina. « *È lo stesso « dicasi della parte avversa — quia nemo te« netur edere contra se*, ma se quell'atto fosse « stato prodotto, esso sarebbe divenuto co« mune, e qualunque sia il danno che ne « venga alla parte, essa non può più riti« rarlo » (*Trattato della procedura civile*, parte I, cap. III, articolo II). La dottrina del Pothier è contraddetta per quanto concerne il convenuto che si vuole obbligato a qualunque produzione eziandio dannosa. « Come potrà « egli negarsi, dice il Chauveau (quest. 828 bis « in Carré), ligio all'opinione del Thomine, « come potrà negarsi à fournir à la justice « *tous les documents nécessaires* à la décou« verte de la *vérité*, *et d'une vérité qui ne « tient pas au fond de son droit ou de son « obligation, d'une vérité purement matérielle?* « La loi ne l'oblige-t-elle pas à répondre *aux « interpellations qui peuvent être lui faites*, à « *fournir par son propre fait une pièce de « comparaison dans le corps d'écriture dont « parle l'article 206?* »

Ma queste mi sembrano, sia detto con tutto il rispetto, cattive ragioni. Vien forse meno per ciò la moralità del principio *nemo tenetur edere contra se*, e il convenuto, per aiutare una prova che infine sta a carico dell'attore, dovrà, suo malgrado, esibire un documento che rinchiude la propria condanna? Si dice che siffatta esibizione non *tiene al fondo del diritto*: non essere che strumento a stabilire una *verità materiale*. Con ciò la questione si sfugge, non si scioglie. Costretto il contendente a manifestazioni contrarie al suo diritto, egli è preso in parola; l'avversario s'impadronisce della scoperta, verrà il momento in cui saprà farla valere, onde per due guise il convenuto concorre al proprio danno. Così sotto specie di una esibizione *officiosa*, userò questa frase, nell'interesse generale della verità, come ognuno deve fare, *dummodo non noceat*, si esercita una compulsoria mascherata e di cattivo genere, contro la quale non è lecito neppure sollevare le eccezioni che sogliono addursi per non privarsi di documenti sui quali l'avversario non ha un diritto reale. Che diremo della seconda ragione? È forse la stessa cosa dover *rispondere ad interpellazioni*, prestar di sua mano materia allo scoprimento di questo vero (vedi l'articolo 290), e dover presentare una scrittura che contiene cose contrarie al diritto che si sostiene? Nel primo caso, ma solo in quello, s'impone un fatto che si calcolerà come un saggio di quella verità che forse il convenuto tenta nascondere o sviare da sè; nel che è rimarchevole esser questo rimedio estremo e da non potersi usare se non nella mancanza o insufficienza di ogni altro mezzo (detto articolo 290). È così che si contribuisce a *stabilire una verità materiale*, con atto divico del tutto ed estraneo alla controversia di diritto che dovrà in seguito trattarsi.

5. *Essere obbligato nella via ordinaria* che significa? Malgrado una locuzione da non stimarsi la più esatta, tolta dal Codice di procedura francese, la ingiunzione della prova rimane nella competenza del giudice delegato. Carré in una nota (t. ii, pag. 246) ha detto in questo proposito: « Si les pièces de comparai« son admises par le juge étaient entre les « mains de l'une ou de l'autre partie (poteva « dire anche di un terzo), *le juge ordonnerait « qu'elles seront de suite remises au greffier*, « pour être présentées aux experts à l'instant « de la vérification, dont il fixe le jour et « l'heure par la même ordonnance d'admission « des pièces ». Colla espressione per *la via ordinaria* non si accenna quindi al modo della costrizione, e al giudizio da cui questa emana; ma soltanto agli *effetti* che sono per derivare dalla inobbedienza che, per antitesi all'altra parte dell'articolo 287, non si riassume nella multa, ma risolvesi nella emenda del danno. Pertanto, stabilita con processo verbale la mancanza, al giudice non resta che inviare le parti al giudizio di ragione, al giudizio *specifico* riservato al tribunale della causa. (Avverto che in quello stesso giudizio possono anche presentarsi le scuse o giustificazioni del fatto). Non perciò si sospende il processo di verificazione, imperocchè non potendosi più contare sulla esibizione dell'atto dacchè la controversia che ne rampolla va a riprendersi in uno scopo al tutto diverso, questo mezzo di prova è, si può dire, dileguato.

6. **Questione.** — *Dell'effettivo risarcimento dei danni per non essere stata presentata la scrittura di confronto.* *Risarcimento dei danni* — va benissimo; è giusto, ma in pratica e quando si discenda nel campo della liquidazione specifica, sarà sempre un problema arduo e dei più spinosi. Si dovrà primieramente rinvenire la base del criterio elementare di codesto danno. È forse la *totalità del valore disputato*

che si affaccia come oggetto del danno? Vi è qualche ragionamento che può esser messo al servigio di un tale sistema. Si può dire che la vittoria della lite dipendeva dalla prova che per fatto vostro è mancata. Se io avessi potuto provare la verità della scrittura, e l'avrei provata col mezzo di quella in mano vostra compulsata indarno, avrei potuto guadagnare un milione, chè tanto valeva la lite da me promossa. Il danno che ho sofferto consiste nel milione che mi avete fatto perdere. *Quantum mihi abest, quantum lucrari potui* (Leg. 13, Dig. rem ratam haberi). Ecco cosa è il danno. Potrà adottarsi un tale criterio?

La teoria ha recato in mezzo le sue distinzioni, norme direttive per regolare la confusa materia. Si è fatta in prima a distinguere la causa subbiettiva del danno, in quanto proceda da colpa, da negligenza, o piuttosto dal dolo, aumentando in questo ultimo caso a dismisura la responsabilità. Invero dovrebbe ripetersi dal dolo il negarsi ostinatamente al comando del giudice, senza una ragione qualunque giustificante il rifiuto (*non potest dolo carere qui imperio magistratus non paruit*) o almeno vogliamo per comodo della teoria supporlo. Qualora si dimostri con buona ragione che non si è tenuti alla produzione, a causa d'esempio per il grave pregiudizio che ricadrebbe sullo stesso producente, o provando lo smarrimento delle carte si riducesse la responsabilità alle semplici proporzioni della colpa, l'obbligo sarebbe o annullato o sensibilmente modificato. Ma noi facciamo la supposizione di un rifiuto ingiustificato, che negli ordini di giustizia equivalente al dolo. In altri termini, supponiamo la maggiore responsabilità possibile, contuttociò il risarcimento del danno non potrà estendersi oltre ragione.

Quando si tratta di danni relativi alla perdita di una cosa di cui ci fu promessa la garanzia, dominano certe regole moderatrici ad evitare gli eccessi. La cosa che fa oggetto della convenzione ne porge in qualche modo la misura. I danni non devono essere tassati in quantità maggiore del doppio del suo valore (Leg. 1, Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest proferuntur). La ragione risale fino ad una presunta volontà primitiva dei contraenti, che si crede avervi posti codesti limiti. Checchessia, esistono dati sui quali l'equità del legislatore può fino a un certo punto appoggiare una formola. Quanto alla specie proposta, noi versiamo in ben diverso ordine d'idee, e invano domandiamo al Codice una guida positiva e propria al caso che veniamo esaminando. Tuttavia il fatto doloso, cagionante il danno, è contemplato nell'art. 1229 del Codice civile, e la gravità che distingue il risarcimento che ne consegue è dimostrata nella duplice riparazione *della perdita sofferta e del guadagno di cui si è privato*, ma la legge è sollecita di statuirvi un limite in ciò che è *una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento delle obbligazioni*.

Dei principii possono tracciarsi, ma ognuno sente che la vera e sostanziale importanza consiste nella definizione pratica ed effettiva del danno: noi non accettiamo le tecniche preordinazioni dell'imperatore Giustiniano, e portiamo in tutto e per tutto un giudizio di apprezzamento circostanziale che più volentieri affidiamo alla saggezza del magistrato, che a quei conati di anticipate previsioni di cui non furono avare le antiche leggi. Ma lo abbiamo già detto: codesto apprezzamento deve avere una base per non riuscire a sconfinato arbitrio. Questa base è *la certezza morale del giudice che le perdite di cui si lamentano sono conseguenze più o meno dirette, ma conseguenze positive e riconoscibili del fatto che si viene con ragione imputando.*

Il valore dell'oggetto della lite non sarà mai, io credo, la materia della *riparazione*; mentre il difetto di uno degli elementi della prova non può riassumere tutta la importanza della lite, diviso com'è dal complesso a cui dovrebbe riferirsi, e a fronte delle contingenze indefinibili della controversia. Siamo noi certi che in quella carta che ignoriamo vi sia proprio il cardine della prova? Appresso, via lunga rimane a percorrere; altri mezzi di prova potrebbero proporsi, resta a discutere il merito. Pertanto il danno può ridursi a *quello estimabile in relazione alle spese di cui presumibilmente dovrà caricarsi l'attore e che avrebbe potuto evitare*, e *quelle della ritardata documentazione*, e simili, di cui il fatto soltanto può fornire il carattere e la ragione d'opportunità.

7. *Articolo 285, 2° capoverso. Le copie delle carte consegnate equivalgono all'originale per l'estrazione di copie autentiche, fatta menzione del processo verbale*, come l'articolo soggiunge. È stato detto, e credo con *ragione* che il privato che soffre un certo disappunto nel dover cedere alla giustizia un documento anche per breve tempo, e in qualche modo lo giustifica, può volere una copia collazionata del suo titolo *a spese del richiedente* (Pigeau, *Commentaire*, t. I, pag. 435, Chauveau in Carré, quest. 639).

Articolo 290.

Quando manchino, o siano insufficienti le scritture di comparazione, il giudice può ordinare che la parte scriva sotto la sua dettatura.

Se la parte sia presente, e, potendo, ricusi di scrivere, si può dichiarare la scrittura come riconosciuta.

Se la parte non sia presente, il giudice stabilisce il giorno, e l'ora in cui la medesima dovrà scrivere sotto la sua dettatura.

Questo provvedimento è notificato alla parte personalmente. Tra il giorno della notificazione, e quello per la comparizione devono esservi i termini stabiliti nell'articolo 147.

Se la parte non comparisca si può dichiarare la scrittura come riconosciuta, salvo che giustifichi un legittimo impedimento.

Annotazioni.

1. Questo articolo non è forse del tutto al suo posto ultimo e pericoloso rimedio quello di costringer la parte renuente *a scrivere sotto la dettatura del giudice*, doveva andare dopo la perizia. Di fatti non si tratta solo di *mancanza*, ma anche *d'insufficienza*. La insufficienza suppone uno esperimento inutilmente tentato forse su carte vecchie o poco abili al confronto. Suppone un saggio calligrafico fattovi sopra. Solo dopo la nullità del saggio dichiarato dai periti in apposito processo verbale si potrà venire all'applicazione dell'articolo 290. Carré ha detto (all'articolo 206 franc.) e io adotto la sua opinione, che nel giorno stesso in cui siano adunati i periti, i quali dichiarano che le carte presentate non son buone, il giudice può senz'altro ordinare alla parte presente di scrivere, e aggiungo che i periti stessi potranno essere consultati sul valore comparativo dello scritto.

2. *Metodo da seguirsi.* La qualità meramente sussidiaria di questo sistema impone dunque di non ordinare la scrittura personale che dopo il tentativo riuscito infruttuoso della perizia. L'ordinanza può essere pronunciata, l'ho già detto, al primo congresso dei periti che rifiutano come inabili le carte di confronto. Non essendo vietato, si può assumere tosto la scrittura dalla parte presente. Se non è presente, è d'uopo notificar l'ordinanza che fisserà anche il giorno e l'ora della comparsa. La parte procedente può anch essa esser presente alla scritturazione di questo esperimento.

3. **Questione di termini.** — *Il provvedimento è notificato alla parte personalmente.* Ottima cautela! Resta vedere come si adempia. Nel letterale dettato di quest'articolo sarebbe data alla parte tutta la larghezza dei termini ordinari. Il giudice adunque ne sarà istrutto dalla parte cui preme non cadere in nullità, e prefiggerà all'udienza sua propria il termine di ragione, ed è quello dell'art. 147, che davanti i conciliatori e i pretori si usa. Termine ristrettivo in confronto dell'art. 148, che ne assegna dei più lunghi nelle cause avanti i tribunali civili, di commercio, e corti di appello. È dunque una specie di eccezione alla regola generale. Sta bene. Ma supponiamo che la parte abiti, straniero o no, fuori del regno, in uno Stato non limitrofo, fuori d'Europa. Dovremo assegnare alla sua comparsa il termine dell'articolo 150 sino ai 180 giorni? L'articolo tace, ma se alla parte che abita nello Stato, e forse non molto lungi dal tribunale, si concedono sì ampii termini, perchè tanto più brevi si assegnerebbero a coloro che vivono in remoti paesi, e perciò furono favoriti di tanta maggiore comodità dal prefato articolo 150? E se per amor di logica dev esser così, quale disposizione sarebbe questa che interrompe e sospende di tanto intervallo una procedura così semplice e spedita? Caso forse unico; disposizione che manca di ogni proporzione col consueto ordine dei processi delegati, e pressochè sovversiva di tutto il sistema.

No, questo non può essere; e per non accettare siffatte conclusioni, siamo costretti a dire che quel riferimento all'articolo 147 è stato, mi si perdoni, una più che ordinaria inesattezza, e non può vedervisi che un pleonasmo imbarazzante, che bisogna mentalmente cancellare dall'articolo.

Che una ordinanza o *provvedimento* (come qui si dice quasi ad attenuare la portata) che tanto interessa di conoscere sia da notificarsi

alla parte anzichè al procuratore, si approva. Dicasi pure *alla parte personalmente*, espressione che nel linguaggio del Codice si usa per distinguere la persona del contendente da quella del suo procuratore. E sin qui va bene. Noi sappiamo poi dai combinati articoli 39, 40, 135 e 140, che la notifica ordinata *alla parte personalmente* è bene eseguita anche al suo domicilio elettivo. In ogni *procedimento formale davanti i tribunali civili e le corti di appello* e l'attore e il convenuto eleggono domicilio per gli atti della lite, che è una delle migliori disposizioni del Codice (articolo 134, n° 5, 158, n° 2, 159, n° 2). Ed è appunto a siffatto domicilio che si notificano niente meno che le stesse sentenze definitive (articolo 367). Or dunque se la legge si fosse limitata all'ordinare la notifica *alla parte personalmente*, come fece all'articolo 223 e in tanti altri casi, nulla di più semplice: noi avremmo seguita la norma dell'articolo 367. Ma si è voluto dire di più, e trarre in ballo l'articolo 147, cogli svariati suoi termini che presumono domicilii e residenze anco lontane, e, che è peggio per comprendere l'idea del testo, creando una specialità di termini, mentre a giudizi come questi che si ritengono fatti avanti i tribunali civili, commerciali, o corti d'appello, si verrebbero applicando gl'istituti ordinati a giudici inferiori: il che imprimerebbe l'idea di una disposizione particolare e maturata nei pensieri del legislatore.

Portati in sì misere e tediose investigazioni, noi ci domandiamo se siasi voluto derogare alla savia e generale disposizione dell'articolo 367, facendo, a così dire, per questo caso sì ovvio e volgare una legge apposta. Noi non lo crediamo. Vediamo qui dentro, come già si disse, un pleonasmo, e anche, se vuolsi, una diligenza mal calcolata. Se il dettato fosse assolutamente inconciliabile coll'articolo 367, se vi fosse antinomia invincibile, che farci? Converrebbe accettare quello che è scritto. Ma fortunatamente non è. Infatti l'art. 147 pone i due rapporti estremi del termine *nel luogo in cui si eseguisce la citazione e nel luogo ove si deve comparire*. Espressione abbastanza esatta, mentre non si dice *ove la persona esiste*, ma *dove si eseguisce la citazione*, e può ben essere al *domicilio elettivo*. Quindi è che essendo per l'appunto domicilio elettivo quello che si assume per gli articoli 134, n° 5, 158, n° 2, e 159, n° 2, ne segue che l'applicazione dell'articolo 367 è possibile, e se è possibile, nella larga generalità di cui quella legge è dotata, deve ammettersi anche nel caso presente. E ciò per evitare un anormalità che non avrebbe senso; per non dovere aprir l'adito ai lunghissimi spazi dell'art. 150, il che sarebbe logicamente necessario una volta che i termini dell'articolo 147 fossero riferiti *al domicilio reale*, per non impigliare contro una disposizione tanto assestata e fondamentale come quella dell'articolo 367.

4. Il *provvedimento* può certamente emanarsi *ex officio*. Notificarlo spetterà alla parte più diligente. Se lo stesso convenuto che dovrà *scrivere* abbia cura di *notificare il provvedimento*, potrà farlo con atto di procuratore.

Articolo 291.

Prestato il giuramento dai periti, e fatta ai medesimi la comunicazione delle carte di comparazione, e del punto o scritto sotto dettatura, le parti debbono ritirarsi dopo di aver fatte le istanze e osservazioni che reputino convenienti, delle quali si fa menzione nel processo verbale.

Articolo 292.

I periti procedono unitamente alla verificazione nella cancelleria in presenza del cancelliere, o davanti il giudice, se questi lo abbia ordinato. Se non possano terminare la loro operazione nello stesso giorno, questa è rimandata ad altro giorno ed ora indicati dal giudice o dal cancelliere, senza bisogno di citazione nè di notificazione.

Articolo 293.

La relazione dei periti è fatta in conformità degli articoli 264 e seguenti, ed è unita al processo verbale.

Le scritture di comparazione si restituiscono ai depositari, mediante loro ricevuta scritta nel processo verbale, o annessa al medesimo.

Annotazioni.

Toltene le specialità relative a questa forma di processo e al particolare suo scopo, è stabilito che le regole comuni alle perizie sono applicabili « *Si la loi spéciale* (ben disse Merlin) *abroge la loi générale dans les points où la première statue, elle ne l'abroge pas dans ceux sur lesquels garde le silence* ». Principio che nella procedura ha una significazione peculiare e propria del suo istituto. È un complesso di formole che si vengono modificando nei vari aspetti che la pratica assume nei suoi successivi svolgimenti, rimanendo salde in quelle parti su cui la modificazione non cade: e dico esser natura di questo ordinamento che forma, per quanto è possibile, una unità nella moltitudine stessa dei particolari, che tutti raccoglie e invia verso uno scopo solo *la retta amministrazione della giustizia*.

Appartiene a quest'ordine d'idee il conoscere se possa il giudice ordinare *una seconda perizia calligrafica*, se sia vincolato al giudizio dei periti, ecc. Sull'ammissibilità di una seconda perizia non è più dubbio (Dalloz, *Répertoire*, v° *Vérification, etc.*, num. 77, Chauveau in Carré, quest. 1217, ecc.).

Articolo 294.

Quando la parte proponga di provare la verità della scrittura col mezzo di testimoni, possono essere esaminati coloro che abbiano veduto scrivere o firmare la scrittura controversa, o abbiano cognizione di fatti che possano servire allo scoprimento della verità.

Se si proceda all'esame dei testimoni, la scrittura controversa deve essere presentata ad essi perchè la sottoscrivano. Della sottoscrizione o del rifiuto si fa menzione nel processo verbale.

Si osservano nel resto le regole stabilite nel paragrafo 3 di questa sezione.

Annotazioni.

1. *Se l'esame dei testimoni all'oggetto della verificazione della scrittura si ammetta senza riguardo a somma, e non sia per trovar opposizione nel prescritto dell'articolo* 1341 *del Codice civile.*

Il nostro articolo non differisce nella sostanza dell'art. 211 della procedura francese. « Pourront être entendus comme témoins ceux « qui auront vu écrire ou signer l'écrit en « question, ou qui auront connaissance des « faits pouvant servir à découvrir la vérité ». Il Carré, esaminando l'art. 195, e inoltrandosi nell'argomento della verificazione scritturale per testimoni, osservò la prova non avere altro scopo che la *verità della scrittura*, non punto la *verità del debito*. Prosegue Chauveau. « Ainsi la vérification par témoins peut « être ordonnée *encore qu'il s'agisse d'une « obligation dont la valeur excède* 150 *francs;* « car il ne s'agit pas d'établir, par témoins « et directement la verité de la dette ; les té« moins ne seront interrogés que sur des faits « tendant à prouver que le dénonciant est « bien l'auteur de billet : une fois cette preuve « faite, on ne pourra pas dire que l'obliga« tion ne repose que sur la preuve testimo« niale, puisqu'elle aura pour base un ecrit « désormais réconnu ».

Il ministro Pisanelli, non dissimulando le obbiezioni che incontrava questa prova come « mezzo indiretto ad eludere le restrizioni « stabilite dalla legge civile sull'ammissibilità « della prova testimoniale » adduce ragioni che io riferisco colle sue stesse parole. « Ri« sponde al voto della legge il far sì che « la scrittura privata produca tutti gli effetti « possibili per mezzo della prova testimoniale. « Infatti la legge civile limita l'uso della prova « testimoniale *quando si presenta sola, perchè « trova necessario, per una maggiore certezza « dei diritti e delle obbligazioni, di promuovere « l'uso della prova scritta, ma quando esiste « uno scritto, e la prova testimoniale viene sol« tanto a dimostrarne la verità*, la legge non « deve più limitarla. Operando diversamente « verrebbe a rendere pressochè necessario « l'atto pubblico, il quale per molteplici cause « non è di facile uso nelle varie contingenze « della vita civile ».

Aggiungerò qualche parola nell'interesse di una teoria che riunisce i principii della scienza ai bisogni più positivi della vita pratica. La prova testimoniale è respinta *assolutamente* in confronto dell'atto pubblico quando si tratta della sua *verità materiale*. Lo abbiamo veduto in altro luogo. La prova testimoniale non è

ammessa a provare convenzioni superiori a una somma determinata (art. 1341 del Codice civile). I motivi di codeste decisioni sono d'ordine diverso. Nel primo caso trattasi di una prova già formata e suprema, nel secondo di una prova che non può farsi col mezzo semplicemente di testimoni. Nel primo caso la prova testimoniale *è priva d'ogni valore*, nel secondo *non ha un valor sufficiente*. Ciò non toglie che non possa ottenerlo *congiunta e sussidiata derivante da quel genere di prova che la legge predilige* per l'interesse medesimo delle convenzioni. *Simul unita prosunt*, perchè sono mezzi omogenei atti a sussidiarsi scambievolmente, laddove nel primo caso trattasi di prove che si respingono.

Queste considerazioni non si applicano propriamente ed esattamente alla presente ricerca. Qui non vuol vedersi se i *testimoni* possano supplire alla scrittura rispetto a convenzioni superiori a L. 500; ma più presto *se ci sia la scrittura*. La esistenza della scrittura non è mica la convenzione che vi si contiene, è un fatto, non un diritto, è la verificazione di una forma messa in dubbio, l'operazione verificatoria è fuori dell'atto e del fatto verificabile, perchè *intanto si verifica in quanto vi si applica un mezzo estrinseco di dimostrazione*.

2. Ciò nell'ordine ideale, ma in realtà, cosa volete di meglio che le testimonianze di coloro che furono presenti alla sottoscrizione, molto più poi se essi medesimi vi si trovano sottoscritti e riconoscono le proprie firme?

Qui si affacciano due ricerche importanti: 1° *L'esame dei testimoni ha forse un limite in cui dev'essere contenuto e quale sarà questo limite?* 2° *L'esame dei testimoni potrà anche influire sul merito, in guisa che non risultando dalla scrittura una vera e perfetta convenzione, ma solo un principio di prova scritta, possa perfezionarsi col sussidio dei testimoni, sebbene si tratti di un valore maggiore di L. 500?* La prima questione è stata trattata: la seconda, in questo speciale punto di vista, mi sembra nuova.

Si è stabilito che i testimoni possono esser sentiti non solo sui fatti caduti sotto i loro sensi, ma *eziandio sulla opinione che essi hanno intorno alla verità dello scritto materiale*, data la conoscenza del carattere, da essi forse per consuetudine acquistata, facendo in certo modo vece di periti (Chauveau in Carré, quest. 854 bis, Demiau, p. 167 contro Pigeau, *Comment.*, tom. I, pag. 441, sentenza della corte di Bruxelles, 13 giugno 1827, *Journal de Cour*, 1828, tom. II, pag. 70; cassazione, 25 giugno 1833; Sirey, tom. XXXIII, part. I, pag. 616). Io convengo perfettamente; ma non è ciò che ci abbisogna. Vogliamo vedere, a dir così, la portata di quelle espressioni: *o abbiano cognizione di fatti che possano servire allo scoprimento della verità*.

Dovremo restringerci alla semplice *verità materiale*? Foste presenti alla sottoscrizione, riconoscete questo carattere, e nulla più? Non potranno parlare della verità morale, della sostanza medesima del contratto, ampliandone fors'anche il contenuto? Per esempio, la scrittura porterebbe una promessa, ma non avrebbe i requisiti di un contratto perfetto: la promessa di vendere senza specificazione del prezzo. Ebbene i testimoni che furono presenti, a conferma e spiegazione del loro dire, vi narrano che anche il prezzo fu determinato, benchè dalla scrittura non apparisca. Devono registrarsi i loro detti, se ne deve tener conto nel processo verbale, o per contrario si terranno estranei all'oggetto della verificazione materiale?

Non si ponga ostacolo alla manifestazione della verità, non si dica che sta bene conoscerne una parte, ma c'è un'altra parte che non si deve conoscere, e che un lato di essa deve rimanere oscuro. Libertà alla parola dei testimoni *in tutto ciò che può servire allo scoprimento della verità*, e sembrami si faccia omaggio alla legge.

Così questo si collega col secondo quesito, più malagevole alquanto. Ho proposto or ora l'esempio del quale mi valgo. Intanto si trova verificata la scrittura, e la disputa è matura nel merito. Il convenuto oppone che la scrittura non stabilisce la prova di una convenzione, al più potrebbe ravvisarvisi un argomento, ma imperfetto, un *principio di prova scritta*, niente altro. E l'attore, rispondendo, aggiunge a questo mezzo, poco valevole per sè, il conforto della prova testimoniale già eseguita nel processo verificativo della scrittura. Può farlo? *o piuttosto deve instaurare la prova testimoniale col metodo ordinario?* In altre parole: il processo testimoniale ch'ebbe luogo in occasione della verifica, potrà proporsi come prova formata in quella parte che concerne il sostanziale e l'intrinseco del contratto? Io dico che *bisogna ricominciare*, ex novo, *in questa parte i testimoni*: i fatti deposti potranno tradursi in capitoli o materia articolata.

Salviamoci dalla taccia d'incoerenza. Ho detto di sopra che i testimoni devono parlare, che devono lasciarsi parlare: non ho detto che le loro parole formino prova, da quelle in

fuori che riguarda il materiale dello scritto. La verità deve ascoltarsi tutta, e non a mezzo; ciò io sostenni deve raccogliersi nel processo verbale la deposizione intera, o riguardi il valore estrinseco o il valore intrinseco del documento. Quella formola dell'articolo, indicante la verità, come scopo, deve intendersi in lato senso E potete vederne l'effetto. L'attore fu messo sulla traccia della prova forse da quella deposizione, tanto più apprezzabile quanto meno ricercata dalla parte interessata.

Ma non sarà tuttavia prova perfetta. Perchè? Per un principio dominatore della prova testimoniale che giova qui bene determinare.

La verità di questa prova riposa sopra un complesso di guarentigie che non possono disgiungersi. Oltre quelle che emanano dalla qualità delle persone, dalla razionalità dei deposti, dal giuramento prestato, dalla competenza dell'autorità che ad essi lo deferiva, ve ne hanno altre riguardanti: 1° *lo scopo obbiettivo dell'esame;* 2° *il concorso delle forze legittime che stanno in giudizio per dirigere l'esame o combatterne i risultati con altre prove.* È per questo che un esame testimoniale assunto in criminale non giova in civile, ma bisogna rinnovarlo. Lo scopo obbiettivo fu diverso, quantunque il subbietto per avventura conforme o identico, la ragione di scopo fa prescegliere come soli importanti i fatti che vi tendono direttamente sfuggono talvolta le circostanze più rimarchevoli, con altro intendimento osservate. Insomma l'esame non si ritiene esaurito, lo esperimento si reputa incompleto. Più evidente garanzia è quella del concorso delle parti Quindi è che le testimoniali relative all'intrinseco del documento devono esser riassunte per sottostare alle interrogazioni delle parti, per subire la critica che accompagna il processo d'esame nelle varie sue fasi, per sostenere l'attrito della prova contraria. Acquisito il grado di prova, quale difficoltà che il deposto dei testimoni riceva dagli elementi che somministra lo scritto una importanza decisiva per gli effetti dell'articolo 1314 e 1317 del Codice civile?

3. *Procedura.* Alcune e semplici norme ingiunge l'art. 294, e conclude *si osservano nel resto le regole stabilite nel § 3 di questa sezione.* È un esame come un altro e vi si esordisce colla istanza di ammissione della prova testimoniale che in questa specialità non è senza intoppo. L'oggetto è la verificazione della scrittura, e non bisogna perderlo di vista, gli articoli devono tendere a questo, la *prova contraria* non può vagare in difesa estranee. Si è in un campo limitato dalla legge. Dopo ciò tutta la serie delle disposizioni *sull'esame dei testimoni*, verranno mano mano spiegandosi, non eccettuata quella degli articoli 236, 237 Veramente *intorno al diritto della ricusazione* sorge un dubbio non lieve. Non è forse questo un caso eccezionale? Dei testimoni che per fortuna concorsero nella scrittura impugnata o vi furono presenti, non possono essere surrogati, non dovranno dunque aversi per *testimoni necessari*, e per questa ragione incensurabili? Così pensa il Demiau-Crouzilhac, contro tutti i chiosatori del Codice di procedura. Quanto a noi, non si saprebbe ove basare una distinzione a fronte di un rimando sì perentorio alle regole comuni. E dev'essere anche per ragione. Perchè dovrebbe limitarsi in questo caso quell'applicazione del principio di libertà che è nel diritto di ricusa? Alla fine l'allegazione del sospetto, giusta l'articolo 237, non trattiene l'esame, salvo di averne conto nel giudizio di merito secondo le circostanze.

Articolo 295.

Quando sia provato che la scrittura è stata scritta e firmata da colui che l'ha negata, questi è condannato in una multa di lire centocinquanta a cinquecento, nelle spese, e al risarcimento dei danni.

Annotazioni.

1. Quanto al procedimento successivo, ricordo l'art. 296 dell'ultimo Codice sardo, perchè credo debba seguirsi quella norma. La copia del processo verbale che deve comunicarsi all'altra parte contiene tutto il complesso delle operazioni che riguardano la verificazione.

2. Il cómpito del giudice delegato è finito. Non spetta a lui render giudizio del risultato che presenta materia feconda di discussioni avanti il tribunale (e diremo eziandio avanti la corte se la scrittura fu impugnata in giudizio d'appello). L'applicazione adunque della multa e la condanna nei danni è fuori della competenza del giudice delegato.

3. Poche osservazioni su questo proposito di un giudizio d'appello in due semplici quesiti:

a) *Se una scrittura fu prodotta nel primo giudizio, ed ivi non fu negata, potrà negarsi in grado d'appello per costringer l'altra parte alla verificazione?* Rispondo affermativamente, purchè il convenuto non abbia prese deliberazioni sul merito con o senza riserva.

b) *Se nel primo giudizio si praticò la verificazione per confronto di scritture e coll'opera di periti, potrà in appello aggiungersi la prova testimoniale?* Dalloz lo ammette, malgrado qualche decisione contraria (*Répertoire*, v° *Vérification*, *etc.*, n° 81). Appellandosi dalla sentenza che dichiara non essere risultata la verità della scrittura, non vedrei perchè la prova testimoniale non dovesse ammettersi.

Nota finale. Per l'articolo 2178 del Codice albertino dalla scrittura privata recognita o verificata in giudizio *nasceva la ipoteca giudiziale.* Grazie al legislatore che ha tolto questo imbarazzo alla proprietà, e disseccata una sorgente di litigi.

§ 7.

Della falsità dei documenti

OSSERVAZIONI GENERALI

La difficile e laboriosa sistemazione di quest'istituto è dovuta a quell'illustre uomo che fu il D'Aguesseau, ed apparve quasi completa nella Ordinanza del 1737. Come a noi fu tramandata, ci lasciava desiderare una nozione che in vero era suggerita dalla scienza che i Codici avevano trascurata. Quale sia, e in che modo vi provvedesse il nuovo Codice, faremo chiaro colle seguenti parole del ministro Pisanelli « La querela di falso, come l'azione contro qualsiasi altro « reato, si promuove regolarmente in giudizio penale. Il Codice di procedura francese, subor« dinando eccessivamente a questo concetto le sue disposizioni sull'accennata querela, descrive « il rito del *falso incidente* civile, e non parla mai di un *falso principale* in via civile. I com« mentatori francesi non tralasciarono di notare quel dualismo illogico di un falso incidente « civile messo in contrasto col *falso principale* di natura penale. La querela di falso promossa « incidentemente in un giudizio civile può risolversi in un procedimento penale, onde l'inci« dente civile darà vita ad un altro giudizio in cui la questione principale sarà il falso, ma per « una differenza intrinseca che passa tra il reato di falso e gli altri reati, accade per contro che « la querela di falso principale non si possa promuovere altrimenti che in giudizio civile ». Aggiunge qualche altra considerazione che sarà materia del commento, e conclude. « Però il « progetto dichiara esplicitamente che la querela di falso si può proporre in giudizio civile, sia « come oggetto principale della domanda, sia incidentemente in corso di una causa ».

Nella registrazione di questo concetto si pare la saggezza del legislatore, e si avvera anche una volta che la scienza, illuminando i difetti delle legislazioni, ne prepara delle migliori.

Articolo 296.

La querela di falso si può proporre in giudizio civile sia come oggetto principale della causa, sia incidentalmente nel corso di essa.

La querela si può proporre quantunque il documento sia stato riconosciuto per vero dalle parti, eccettuato soltanto il caso, in cui la verità del medesimo sia stata dichiarata per sentenza irrevocabile in giudizio di falso civile o penale.

Annotazioni.

1. *Del falso principale civile e del falso incidente civile.*

Precedenti storici. — *Veduta degli scrittori francesi.* « Lorsque le faux se poursuit « en justice criminelle, soit par action publique, soit *en même temps* par action civile, « il prend la dénomination de *faux principal*, « parceque il est la cause primordiale, le motif « unique de l'action, parceque les poursuites « qu'il entraîne ne se rattachent à aucune « action antérieure à laquelle elles soient incidentes » (Carré, introduction au tit. *Du faux incident*).

Le idee del celebrato autore sono conformi alla legislazione ch'egli veniva esaminando, ma imperfette verso la scienza. Infatti, mentre la procedura non accennava nè disponeva che *del falso incidente civile*, nell'articolo 1319 del Codice civile si dichiarava in qual modo potesse attuarsi la efficacia dell'atto pubblico, e per falso principale intendevasi nell'aperto senso di quell'articolo, *accusa criminale*. Restava nell'ombra, per dir così, un terzo falso: il *falso principale civile*. Fra i commentatori che denunziarono quello che il Pisanelli chiamava *dualismo illogico*, è notevole il Bonnier: « La distinction de ces « deux espèces de faux incident se conçoit « parfaitement, mais, ce qui est moins facile « à comprendre, c'est l'expression de faux « principal appliquée comme il est ici. *Car « quel rapport y a-t-il entre cette idée et celle « de poursuites criminelles par faux?* » (*Des preuves*, pag. 528). — Ed è giusto: qual rapporto *fra un falso principale criminale e un falso incidente civile?* Certo non può questo essere incidente di un giudizio criminale: ma dev esserlo di un giudizio civile, come di fatti lo è proponendosi nel corso di una lite già pendente avanti un giudice civile. Il termine avversativo è dunque il *falso principale civile*, non il *criminale*: dacchè è fuori di dubbio che anche civilmente può istituirsi querela per causa delittuosa quando non si tratti che di conseguenze civili, di riparazioni civili che si ripetono da un reato che per una ragione qualunque non può perseguitarsi criminalmente.

Nondimeno quegli stessi scrittori che si trovavano involti in questo tecnicismo imbarazzante, guidati dalla squisitezza del senso pratico, e scorgendo attraverso la nebbia del dettato legislativo la realtà delle cose, si facevano il quesito: se la via d'iscrizione in falso non è aperta, se non esistendo una contestazione principale, che mai deve determinarsi, qual regola seguire onde far dichiarare civilmente che un documento è falso? Il quesito è dello stesso Carré. E come lo risolve? Potersi promuovere un giudizio di falso principale civile: trovando che il procedimento del falso incidente veniva a subire così un modo di applicazione qualchè imposto dalla forza delle cose (quest. 864).

Il suo annotatore e critico sagace, il Chauveau, non si lasciò sfuggire l'occasione di berteggiarlo alquanto, perchè nella sua questione 865 dice che « l'inscription en faux *n'est qu'un incident d'une contestation principale existant devant un tribunal* » e ora d'un tratto diventa un giudizio principale. Gli basta di averlo colto in contraddizione, e di mostrargli che una decisione della corte di Rennes non giovava al suo assunto: nè altro aggiunge. Ma volentieri accetta uno espediente del Thomine, ch'egli chiama ingegnoso, il quale suggerisce che si faccia nascere ad arte un giudizio civile, provocando l'avversario o a dover dichiarare la nullità del documento, o in altro modo qualunque costringerlo a produrlo, e allora si può tirare il colpo sicuro e imberciare la carta con una *querela di falso incidente*. Un curiale queste furberie le conosce, e talvolta la destrezza di praticarle, in mezzo a leggi che male rispondono al bisogno, onora la sua abilità. Ma dagli scrittori si aspetta qualche cosa di più elevato. Non so se il Carré fosse in contraddizione con se stesso, non me ne curo, ma la sua decisione mi sembra vera anche in relazione a quella legislazione che fu pure la nostra sino a pochi mesi fa. Era un caso omesso: ecco tutto: e gli si dovea far posto con applicazioni d'analogia desunte da altre leggi e procedimenti correlativi, e fu pure la dottrina seguita dal Dalloz (*Répert.*, v° *Inscription en faux*, num. 66).

2. L'articolo 296 rivela per la prima volta questa duplice forma del falso civile, appropriandosi idee che sono nell'ordine delle cose, che s'impongono, per così dire, col diritto della ragione allo stesso legislatore, ma che fin qui restarono nel deposito della scienza. È dunque stabilito formalmente che la *querela di falso si può proporre in giudizio come oggetto principale della causa*, onde ci risultano varie maniere di giudizi di falso che qui giova discernere.

Il giudizio di falso, considerato nella pienezza del suo scopo, nello svolgimento correlativo alla natura del fatto, è criminale soprattutto: perchè trattasi di un reato, e di un

reato fra i più odiosi, i più vili e i più perniciosi alla società! La legge civile non se ne occupa; ma dalla stessa scaturigine procedono combinazioni totalmente civili. Vediamole di volo.

2. *Delle varie maniere del falso civile.*

a) *Azione civile*, diretta al risarcimento del danno, contemporanea o seguace dell'azione penale, famulatrice o separata dal processo penale, poco importa, essa si porge come una dipendenza dell'azione penale, è legata, generalmente parlando, al destino di quella, quantunque essenzialmente distinta (1). *L'azione civile* può bene presentarsi come un *giudizio di falso principale civile*, allorchè l'azione penale non sia instaurata o non sia più possibile: discorso che si estende a tutte quante le azioni che hanno puramente per oggetto il risarcimento di un danno proveniente da reato, quando non subiscano il concorso dell'azione penale, prevalente e penore nell'ordine delle cognizioni per cause che qui non occorre indicare (2).

b) *Falso principale civile* è quello che si propone con querela civile, iniziatrice del giudizio, come ogni altra azione. Oggetto di tale giudizio può essere semplicemente *reale*, allo scopo cioè di far dichiarare falso un documento, o pubblico o privato, distruggerlo, o toglierli il potere di nuocere. Ciò avviene per lo più quando non si conosce l'autore del falso, o anche non si cerca di conoscere, bastando all'interesse della parte attrice di liberarsi dal documento falso dalla cui esistenza è minacciata. Fu acutamente osservato dal Pisanelli nella relazione: « Nei reati d'altra « natura, il fatto che li costituisce è general- « mente in se stesso irreparabile, il solo mezzo « di riparazione quanto al privato offeso, con- « siste nel risarcimento del danno ». Quindi nulla suffraga, l'azione stessa civile non potrà esercitarsi *se non si conosce l'autore del reato*. Nel falso per una specialità che concerne la sua natura, si può dissipare lo stesso reato attaccandolo nel suo estrinseco e insidioso apparato senza colpire l'autore.

Ma si può spingere più oltre l'intento dell'azione, voglio dire sino al risarcimento del danno, alle riparazioni civili che sono derivate, in un modo qualunque, dall'apparizione o dall'uso del documento falso. Il che, siccome è manifesto, si applica ad ogni altra simile azione che da reato procede.

Ma perchè trattandosi di perseguitare l'autore del falso non si dovrebbe piuttosto aprire un giudizio criminale?

È facile la risposta: *perchè* l'azione penale e l'azione civile essendo indipendenti, il privato, offeso nei propri diritti economici dalla falsificazione o alterazione di un documento, può sempre valersi di questi suoi diritti in giudizio civile, salvo di doverlo sospendere quando venga a trovarsi in concorso col giudizio penale, instaurato dal pubblico ministero nel punto di vista diretto del reato, e allo scopo della penalità. *Perchè* vi sono bene dei casi in cui l'azione penale non può esercitarsi; p. es., se sia morto l'autore del falso, e non si tratti che di obbligare gli eredi al risarcimento del danno, o l'azione penale sia prescritta.

È ben necessario determinare la direzione obbiettiva di codesti giudizi, nel che consiste non solo la differenza tecnica dei loro caratteri, ma la loro ragione rispettiva di essere. *L'oggetto della penalità è sempre, necessariamente, essenzialmente, estraneo ai giudizi civili*. L'azione, qualificandosi dall'oggetto immediato che si propone di conseguire, *è fondata nell'interesse economico*, sia che richieggasi la pura e semplice dichiarazione di falso e l'abolizione dello scritto materiale, sia che per effetto del risarcimento del danno (azione personale) sia d'uopo verificare la persona dell'autore, di colui sopra il quale pesa l'*obligatio ex delicto*.

c) Il *falso incidente civile* è palesemente un episodio di un giudizio civile principale avente un oggetto qualunque, e non cade sull'oggetto medesimo, ma sui mezzi della dimostrazione.

4. *Sul capoverso dell'articolo.* « La ricognizione di un documento qualunque può essere « illusoria, come desunta dal solo silenzio della « parte, o può essere erronea perchè fatta « senza cognizione di causa. La verificazione « di una scrittura poggia sostanzialmente su « di una presunzione, e questa deve cedere

(1) Mi è impossibile qui mettere in chiaro questa specie di paradosso, che credo aver ridotto a termini di verità nel mio Trattato sull'*Azione penale* (Torino, Unione Tipografico-Editrice).

(2) È strano davvero che la nomenclatura usata dalla legge per distinguere i varî caratteri delle azioni, si desume talvolta dai concetti di relazione che hanno fra loro, il che può generare una certa confusione quando vengano a considerarsi nella loro speciale essenza. Onde azione civile si pone direttamente con azione penale, *falso principale* con *falso incidente*, sebbene indipendentemente da codeste enunciative siano determinabili da nozioni loro proprie.

« davanti la querela di falso, come vi cede « la presunzione che attribuisce piena fede « all'atto pubblico. Tutto insomma viene su « bordinato, per fini d'ordine superiore, al « giudizio di falso ».

Con queste parole la relazione Pisanelli giustifica la prima parte ne conseguita che la stessa cosa giudicata *et quidem* fra le medesime parti nata, con cui si dichiarò vera e provante la scrittura, rimane senza valore rimpetto alla querela di falso.

Se questo discorso potesse non andar immune da osservazioni critiche, si troverà irreprensibile quello che segue « Ma se la verità « di un documento fosse già stata dichiarata « per sentenza irrevocabile in un giudizio di « falso civile o penale, è palese che non sarà « più ammessibile contro il medesimo una « nuova querela, quando vi ostasse la cosa « giudicata secondo i principii che la deter« minano nelle questioni *pregiudiziali;* come « per impugnarlo (il documento), non sarebbe « necessaria, in applicazione degli stessi prin« cipii, una nuova querela se il documento « fosse dichiarato falso in un giudizio civile « o penale ».

6. **Questioni.** — *a) Un debitore solidale può iscriver in falso contro un documento che fu riconosciuto vero in confronto del condebitore che inutilmente lo aveva tentato?* No perchè all'effetto del debito, i condebitori solidali si considerano una sola persona (Lepage, p. 184; Carré, quest. 861, e ivi Chauveau). Dal caso in fuori che la querela non fosse caduta sul corpo dello scritto ma sulla firma del condebitore soltanto (Carré, quest. suddetta).

d) Un terzo che avesse interesse a sostenere la verità del documento, non potendosi rinnovare la querela, qual metodo dovrà seguire? Gli resta quello che appunto chiamasi *opposizione del terzo* (art. 516) (Lepage, pag. 186, Carré e Chauveau, quest. 862 contro Thomine). A quale oggetto? Per appellare dalla sentenza, per domandarne la nullità ma non può dissimularne la esistenza, non può fare che non gli venga opposta, non potendo un documento essere ora falso ora no, coi cangianti colori dell'iride.

Articolo 297.

La querela di falso incidente si può proporre in qualunque stato o grado della causa

Annotazioni.

1. In ogni parte adunque del giudizio di primo grado, e anche in appello, benchè in quello fosse già stato il documento prodotto e avesse servito di base al giudicato. Giurisprudenza unanime. E Berriat: ancorchè la scrittura fosse stata verificata nel corso del giudizio. ciò è conforme ai nostri principii. In appello non passa come *domanda nuova*, ma come *eccezione* e mezzo di difesa sempre opponibile.

Questo articolo, benchè faccia seguito ad un altro che ha una portata più generale, si restringe al *falso incidente*, come suona il dettato e risulta dal suo senso.

2. Si domanda *se una querela di falso principale possa essere proposta a causa decisa*, siasi o no proceduto in quel giudizio alla verificazione della scrittura.

Nessun dubbio per ciò che riguarda il falso principale criminale; nel che la giurisprudenza è concorde. Ma io penso potersi eziandio, a causa decisa, promuovere il falso principale civile, tolte le seguenti limitazioni 1° che non sia stata trattata e definita la questione pur anche sotto forma di falso incidente civile, 2° che l'attore si trovi in quelle condizioni giuridiche che gli sono necessarie per promuovere siffatto giudizio.

Questo è già sottinteso in ogni caso, ma non è meno evidente che una volta dichiarata la verità dello scritto impugnato colla querela di falso, nell'ordine civile, avvi fra le persone medesime regiudicata che resiste a qualunque nuova domanda sullo stesso soggetto.

3. Si domanda ancora *se in giudizio di cassazione possa proporsi querela di falso.*

In massima la risposta della giurisprudenza è affermativa. Si considera che la veracità degli atti e documenti è il fondamento inconcusso del vero giudiziale, che, proclamato dal magistrato, estende la sua virtù e la sua irresistibile efficacia sopra ai numerosi interessi della vita civile. Il falso si coglie ovunque appare, ovunque minaccia di rovesciare le basi del certo giuridico (Dalloz, *Répertoire*, tom. VIII, v° *Inscription en faux*, Merlin, *Répertoire*, tom. VII, pag. 181, Favard de Langlade, tom. II, pag. 558 e 560; Chauveau in Carré, quest. 865 bis). Ma gli scrittori sono altresì d'accordo nel dire che la querela di falso in cassazione non può cadere che *sugli atti necessari alla contestazione che si agita*

avanti la suprema corte. Laonde i documenti che furono elementi, principali o secondari, della decisione di merito, che non furono in quella sede querelati, non possono in quello straordinario giudizio attaccarsi di falso. « Ce « n'est donc, mi servirò delle parole autore« voli del Chauveau, que contre la minute de « jugement attaqué, contre les énonciations « contenues dans le feuille d'audience, qu'on « peut demander à s'inscrire, parceque ce « sont là véritablement *les actes du procès qui « s'agite en cassation* » (sudd. quest. 865 bis).

Intorno al non poter accettarsi querela di falso in cassazione se non relativamente a quegli atti che *sono necessari al giudizio di sua competenza*, mi giova ricordare una decisione richiamata dalla diligenza del Chauveau, non propriamente perchè sia una decisione, ma perchè molto caratteristica. È stato dunque ritenuto che la iscrizione in falso contro un processo verbale di un dibattimento di corte d'assise, non è ammissibile avanti la corte di cassazione se non *cadendo sopra atti la cui effimera esistenza ricopre la violazione di un articolo di legge da osservarsi a pena di nullità* (cassazione francese, 3 ottobre 1822, *Journal Av.*, tom. XXIV, pag. 208, cassazione belgica, 12 luglio 1834).

Ma è forse la corte di cassazione che giudica della querela? No: essa ne rinvia la cognizione a quell'autorità giudiziaria che deputa a questo effetto, di grado uguale a quella cui la sentenza è denunciata alla corte suprema (Merlin, *Rép.*, v° *Inscription de faux*, § 7, n. 3; Dalloz, t. VIII, p. 457, Chauveau, loc. cit.

Del resto è nella corte un potere discrezionale, incontestabile, per concedere o negare il mezzo, in quanto essa riconosca la necessità o la opportunità, come per più decisioni della cassazione di Francia fu dichiarato (Chauveau, ibid.).

Articolo 298.

La parte che intende proporre la querela di falso deve interpellare innanzi tutto l'altra parte se voglia o no servirsi del documento impugnato, con protesta che, se voglia servirsene, proporrà la querela di falso.

Articolo 299.

La parte interpellata deve notificare all'altra la sua dichiarazione, se intenda o no servirsi del documento prodotto.

Per questa dichiarazione il procuratore deve essere munito di mandato speciale, salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

Annotazioni.

1. Dalla forma discretiva dei due articoli risulta abbastanza che alla interpellazione non occorre atto di parte; occorre bensì alla risposta che è decisiva, perentoria, e può esser funesta. Il termine alla risposta è indicato nel seguente articolo 301.

2. La interpellazione dev'essere del pari semplice, assoluta, comunque la legge non lo dichiari (Dalloz, *Rép.*, v° *Inscription de faux*, n° 131). Eventuale, incerta, condizionale, si ha come non fatta (corte di Rennes, 16 agosto 1823, ivi). Che debba essere *specifica* la interpellazione, non credo; resta alla *querela* il debito di esporre i motivi, e quindi lo scopo speciale e la estensione della stessa querela (articolo 301).

Pura e semplice sarà eziandio la risposta, senza ambagi, senza condizioni. L'Ordinanza del 1737, primo modello di questa istituzione, richiedevala *formelle, claire, sans équivoque, reserve ni condition, en un mot, par oui, ou par non.*

3. La dichiarazione negativa è irretrattabile, salvo la prova dell'errore di fatto (Serpillon, Jousse, *Commentaire sur l'ordonn.* del 1737, ecc.). All'incontro si ritiene con ragione potersi rinunciare ad una *dichiarazione affermativa;* alcuni dicono, *in qualunque tempo*, si può sempre, secondo essi, rinunciare all'uso della scrittura. Ciò era pure insegnato dagli illustratori della suddetta Ordinanza, e si ritiene dagli scrittori più recenti (Dalloz, Thomine, tom. I pag. 389; Favard de Langlade, tom. II, pag. 560). La facoltà risulta dal principio che ognuno può rinunziare al benefizio indotto a proprio favore. Nondimeno un limite ci dev'essere e non si può del tutto sfuggire alla regola, che i documenti prodotti in giu-

mento è rigettato per amendue i contendenti, non per un solo, *all'effetto della lite*, senonchè è salvo *alla parte interpellante di trarne le induzioni che crede utili, e di fare le domande di danni che possano esserle dovuti.* Il Bonnier (*Des preuves*, num. 544) esaminando questo punto, non trova che un osservazione: che il pentimento è poca cosa pel legislatore. « Jamais, aux yeux du législateur civil, le re« pentir n'a été considéré comme faisant dis« paraître la faute ». Sapevamcelo. Non ho veduto scrittore occuparsi di questa piccola clausola o riserva, ripetuta in ogni Codice. Può già credersi che il documento sia stato ritirato. Non essendosi cominciata la indagine giudiziale sul documento, la quale non comincia che dopo la dichiarazione di persistenza, non seguito il deposito in conformità dell'articolo 302, si domanderà come mai potranno discutersi le nuove pretese dell'interpellante senza aver sott'occhio il documento medesimo? Pensando però che la comunicazione deve aver avuto luogo giusta l'articolo 167, il richiedente potrà presentare la copia.

Quali induzioni potrà dedurne? Su quella carta reietta, presuntivamente condannata, si possono erigere ragionamenti, far delle chiose più o meno interessanti, partendo dal principio che il documento sia pure falso; e, se non altro, che la produzione è azzardata e temeraria. Voi avete portati dei testimoni per stabilire certi fatti che già erano toccati nella scrittura, più largamente sostenete con varii mezzi un sistema di difesa che tentaste di assicurare con una specie di colpo di mano, quando siete stato costretto di nascondere l'arma audacemente impugnata. Io ne cavo argomenti di ragione per combattere il vostro stesso sistema.

Danno? Ma qual danno, se voi avete già ceduto alla prima intimazione, e la produzione è rimasta priva d'effetto? Questo può essere per l'appunto una delle questioni: supponiamo che il giudizio abbia corso un certo stadio, che quel fantasma di scrittura, a cui da principio ho dovuto prestare una certa fede, mi abbia obbligato a fare delle difese, ad esibire degli atti dispendiosi, di cui in altro caso non avrei avuto bisogno, supponiamo di più, che per causa o in relazione a quello scritto, sino a quel punto non impugnato, siano nati dei decreti e risoluzioni di giudici qualunque siano.

Eccoci avanti due *quesiti* del tutto diversi, che si risolvono con principii pure diversi.

Il primo è regolato dalla teoria del danno; e le spese fatte *ex eo quod* produceste quello scritto, mi devono esser risarcite. Nulla di più semplice. Può accadere che dall'apparenza della scrittura il giudice abbia dedotte convinzioni che non avrebbe avuto, trovato appoggio ad accettare domande che sarebbero state reiette. Non si sarebbero ammesse prove testimoniali senza fondamento di prova scritta, ebbene questo si trovò in quel documento che fu impugnato e ritirato. Che fare? *Appellare* se la sentenza passò in giudicato, o *giudizio di rivocazione* articolo 494, num. 2 e 4).

Ancora un altra ricerca. L'azione del danno si esperimenterà avanti lo stesso tribunale o in giudizio separato? *A me pare un incidente dello stesso giudizio.*

Articolo 301.

Quando la parte interpellata dichiari volersi servire del documento, o non risponda all'interpellanza nel termine ordinario, l'altra parte, se persista nella sua istanza, dichiara con atto ricevuto dal cancelliere di proporre la querela di falso, esprimendone i motivi.

Per quest'atto il procuratore dev'essere munito di mandato speciale, salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

Il documento impugnato rimane in deposito nella cancelleria.

Il cancelliere entro ore ventiquattro presenterà l'atto al presidente, il quale con decreto in fine di esso delega un giudice per procedere alla istruzione.

Copia dell'atto e del decreto è notificata all'altra parte.

Annotazioni.

1. *Termine.* Ravvicinando le osservazioni che si leggono nella relazione Pisanelli, di cui non riporto il brano perchè in questo sarebbe inutile, si avrebbe che il progetto non assegnava termine all'interpellato a far valere il suo diritto di risposta, ma l'articolo dice letteralmente che deve farlo *nel termine ordinario*, cioè di giorni quindici.

Il termine è perentorio? La questione lungamente agitata sotto lo impero della ordinanza del 1737 fu risoluta in senso affermativo. Regnando il Codice, alcune corti di Francia non seppero piegarsi a tanto rigore. L'opinione più mite fu pure seguita da Carré, quest. 873, da Merlin, v° *Inscription de faux*, dal Dalloz, altri si fece partigiano del rigore. Ciò poco monta: noi ci regoliamo più presto colla legge che colla dottrina. L'articolo 15 qualifica *perentorj i termini* alla cui scadenza è attaccata *la decadenza o la nullità*. Sono questi i termini che in principio *non possono essere prorogati dall'autorità giudiziaria* (articolo 46).

Nessun termine invece è segnato al querelante per introdurre la sua querela.

2. *Il tutore può credersi implicitamente autorizzato a dare querela nell'interesse del pupillo?* In questo proposito ha detto il Chauveau: « Le même arrêt (decisione citata anche da Dalloz, n° 30, e fu pronunciata dalla corte di Tolosa nel 2 maggio 1837), le même arrêt « décide encore qu'un tuteur autorisé par un « conseil de famille à poursuivre la nullité, « *l'est suffisamment par là même pour s'in-* « *scrire en faux* ».

Osserviamo due cose: 1° *la qualità della azione introdotta*, 2° *la qualità della rappresentanza*.

È forse necessario che l'azione abbia qualcosa di affine, di analogo o correlativo, se anche vuol dirsi, colla natura di una querela di falso, affinchè il tutore possa tenersi, implicitamente e per conseguenza, autorizzato a promuovere la querela? Nel caso della sentenza di Tolosa trattavasi di *nullità*, e uno dei mezzi per giungere allo scopo della nullità la querela poteva essere senza dubbio. Ma dalla specie passando al genere, in ogni causa che il tutore promuove per autorità del consiglio di famiglia, s'intenderà implicitamente autorizzato ad attaccare un documento che gli si getta attraverso al cammino, con querela di falso? Io fermamente lo credo, non tanto perchè chi vuole il fine vuole i mezzi (mentre saria facile il provvedere con un'autorizzazione a parte), quanto perchè la legge non avvisa che ad una sola e generale autorizzazione per ogni questione giudiziaria da promuoversi *quando non si tratti di azioni possessorie o di questioni relative al conseguimento delle rendite*. Come mai due autorizzazioni per lo stesso giudizio? È forse la querela di falso così pericolosa al querelante come lo è al querelato? Ma oltre ciò, avvi un argomento che chiameremo positivo, perchè desunto proprio dal testo della legge. Abbiamo veduto che il tutore può in determinati giudizi procedere senz'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ebbene, non potrebbe a domanda di rendite scadute contrapporsi una *falsa ricevuta*? E non potrà il tutore colpire l'iniquo scritto con una querela? Non eserciterà con ciò una difesa necessaria?

La rappresentanza del tutore è completa: la posizione giuridica del marito verso la moglie è tutt'altra: la sua superiorità sociale gli dà il potere di limitare l'esercizio di certi diritti di cui la moglie volesse far uso: la superiorità famigliare concentra in lui anche l'esercizio di certi altri; ma fermandoci alla prima specie di diritti. In questo tema speciale della querela è stato detto che il marito non può « valablement s'inscrire en faux, « tant en son nom qu'en celui de son épouse, « parceque sa qualité de mari et de chef de la « communauté ne suffit pas pour agir au nom « de sa femme lorsque la loi exige un pouvoir « spécial » (Chauveau, quest. 835).

3. *Forma della querela*. La parte in persona o il procuratore munito di speciale mandato si presenta al cancelliere, che stende un processo verbale. Si detta o al cancelliere i motivi ed egli scrive, o trattandosi di procuratore, i motivi sono inclusi nel corpo della procura, il che mi sembra più regolare o almeno più sicuro.

Si devono *esprimere i motivi*. Ponete mente che codesto requisito è una importazione nuova, ignota a tutti i codici di procedura anteriori.

a) *Che intendiamo per motivi? Forse la specificazione di quelle parti dell'atto che si pretendono falsificate?* Un documento può esser tutto falso, o solo in parte: là è falsificata o alterata una parola, una cifra; qua una firma. È necessario che la querela lo dichiari, specificazione che può venire senza improprietà nella forma *motivi* (Il Dalloz osservò con ragione che la querela non rende indivisibile il documento, *Répert.* v° *Inscription*, num. 206).

Anzi, quando si tratta di *falso materiale*, non saprebbe vedersi di quali altri motivi si potesse parlare. Le intenzioni, i fini e le cause di agire, o non hanno una determinazione influente in questo genere di falso, o si sono estranee, ritenuta la qualità del giudizio, o è lecito ignorarle: per conseguenza la legge non può averne fatto una condizione della querela.

Ma *se trattasi di falso morale*, è manifesto per *motivi* non potersi intendere le indicazioni

vanti nella pratica, bisogna bene andar tesoreggiando il passato e l'esperienza.

La giurisprudenza francese in due decisioni della sua Corte suprema, del 21 luglio 1830 e 1° aprile 1844, aveva respinto un ricorso onde si volevano annullate sentenze che, stimando il fatto quale si vedeva esposto nell'atto di querela messo a confronto cogli atti della causa, passò oltre senza neppur tener conto della fatta interpellazione, nè della citazione, nè del termine che quel Codice prefigge.

Lo spirito di questa istituzione del falso incidente civile discende, già lo dissi più volte, dall'ordinanza del 1737, noi non pensiamo avervene importato uno diverso, noi che, diciamolo francamente, abbiamo avuto sempre così poco spirito nelle creazioni della procedura. Nella ordinanza era stata ingiunta la condizione dell'autorizzazione della querela, onde il giudice *avait toujours la faculté d'arrêter la procedure dès le premier pas*. Il Codice di procedura francese non trovò necessario di mantenere la condizione dell'autorizzazione nella querela, che poteva negarsi e con ciò escludere persino l'ingresso della procedura di falso, in questo il Codice fu più liberale dell'ordinanza, lasciando correre la domanda e permettendone più riposato esame. Ma finalmente lo spirito dell'originale istituzione non poteva tanto trasformarsi da' suoi principii da permettere ad ogni capriccio di querelante di fare una sì larga breccia nel processo. « Mais, « sono parole del Boncenne, de ce que les ré- « dacteurs du Code ont dispensé le deman- « deur de présenter tout d'abord une requête « qui *pourrait en dépendre n'avoir aucune « utilité*, il ne s'ensuit nullement qu'ils aient « voulu dessaisir le juge du pouvoir qu'il a « toujours de passer outre lorsqu'une réclama- « tion incidente *lui semble mal fondée* ».

Non è affare di lieve conto il primo movimento che conduce la querela, presidente, giudice, cancelliere, ministero pubblico sorgono a quell'allarme, un processo verbale, notificazioni di atti e risposte e intanto sospensione del merito. Tutto questo al buon arbitrio di chiunque?

Noi respingiamo con tutto il calore questa libertà di lanciare un accusa temeraria contro un atto che forse non ha veruna delle colpe che gli vengono imputate. Rivendichiamo al magistrato la *facoltà dell'accettazione e della reiezione* della querela. Bisognano altre autorità? Invero la massima è comune negli scrittori e nelle decisioni francesi, che si possono citare a decine (V. Carré, quest. 876). Porterò solo un passo del Chauveau che si mostra in considerazioni pratiche. « Les tribunaux peu- « vent refuser d'admettre l'inscription *par « cela seul qu'il leur est démontré que la pièce « est sincère. Ils ne sont pas obligés, pour la « reconnaître telle, de se livrer à aucun des « genres d'instruction indiqués par notre titre.* « Ils peuvent s'en tenir à ce que leurs propres « lumières leur apprennent, sur cette question. « *L'inscription de faux, en un mot, ne rend « pas la pièce nécessairement suspecte à leurs « yeux* ».

Dolenti ci volgiamo ai redattori del Codice, perchè, se così è, non ce ne avete detto qualche cosa? perchè il presidente comparisce un puro e semplice esecutore? ... presenterà l'atto al presidente, *il quale con decreto in fine di esso delega*, ecc. perchè non gli venne attribuita la benchè menoma facoltà di esame? perchè non si tenne filo di procedura? Qual presidente si crederà di essere autorizzato ad esaminare la querela prima di accettarla? Egli dirà: si dia corso agli atti, sull'ammissibilità della querela il tribunale deciderà. Con questa legge alla mano, il discorso sembra ben ragionevole. E, se tutti i codici non fossero ugualmente silenziosi, e se nonostante il loro silenzio il principio non si fosse imposto colla forza della verità, bisognerebbe anche dire che il testo con quella sua forma sciorevole e disinvolta non dà presa a veruna limitazione.

Posta la base, dimostrato che il magistrato può dare o non dar corso alla querela, due indagini si presentano: 1° *La facoltà di respingerla appartiene al presidente o all'intero collegio?* 2° *Vi è forse un criterio giuridico normale per determinare quando sia accettabile o no la querela?*

Nelle decisioni si parla sempre di tribunali, di giudici collegialmente adunati, non mai di decreti, di presidenti o di un giudice. Si può osservare intorno a ciò che nella procedura francese non si vede dato al presidente verun incarico speciale in questa materia. Ma veniamo al fatto nostro. È chiaro ad ognuno che il procedimento che qui ha luogo innanzi il presidente, essendo peculiare allo istituto del falso incidente, non ha relazioni di sorta coll'articolo 181 e cogli atti preliminari e quasi graziosi che si fanno avanti di lui, in ordine ad ogni altro incidente. Il presidente emana il suo *decreto* sul ricorso, senz'assenso, senza contraddizione di parti. Il presidente accetta la querela? non ha che a delegare il giudice. Non l'accetta? rescrive sull'atto di ricorso non farsi luogo alla domanda. Ritengo insomma sia facoltà del presidente, sembrandomi evidente

Articolo 302.

Quando esista l'originale del documento impugnato, il giudice delegato, sull'istanza della parte, o d'ufficio, può ordinarne il deposito nella cancelleria nel termine che stabilirà.

Per il deposito si osservano le norme e cautele prescritte nel paragrafo precedente riguardo alle scritture di comparazione.

Se il deposito dell'originale non siasi eseguito o non possa eseguirsi, sull'istanza d'una delle parti, e sulla relazione del giudice l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti occorrenti.

Annotazioni.

1. Nell'articolo 301 si suppone che il documento esista già in cancelleria ove rimane in *deposito* per effetto della querela. Già il documento si possiede dalla giustizia che potrà farlo segno delle sue investigazioni e delle sue censure. La presentazione e quindi la comunicazione deve aver avuto luogo secondo gli articoli 166, 167. L'originale dev'esser sempre compreso nella cancelleria, la comunicazione può esser fatta dell'originale o della copia. Nondimeno questo articolo suppone a sua volta che l'*originale esista, ma fuori della cancelleria*, nella quale il giudice delegato ordina suo deposito. Ma parliamo noi di *scritture pubbliche* o di *scritture private*? Ciò domandiamo prima per determinare il valore di quel vocabolo *originale*. Nel Codice civile l'*atto originale* è quello che in certi paesi chiamasi *matrice*, quello in cui tutte le parti concorsero, che munirono della loro sottoscrizione, e lasciarono in perpetua custodia dell'ufficiale pubblico. Sta bene, fermiamoci un momento qui, *nella ipotesi cioè di una querela di falso incidente contro l'atto pubblico*.

I notai ne rilasciano copie autentiche: quelle che si portano in atti sono copie autentiche. I vizi della matrice od originale non si rilevano da esse copie. È da credersi che uno avrà potuto visitare l'atto stesso originale, saprà dove cadono le falsificazioni dell'atto, senzachè non potrebbe formulare la querela, non potrebbe che *esporre i motivi*. Il presidente che non vede l'*atto originale*, che non vede che la copia monda da ogni estrinseco vizio, che fa?

1° *In quello stato di cose ha egli facoltà di operare, o la operazione si concentra nel collegio?*

2° *Sarà richiamato l'atto dal pubblico depositario?* (userò questa qualificazione che è della legge).

Anche questo caso è preveduto, è realmente compreso nelle attribuzioni del presidente? Lo ritengo. Non parmi che veruna delle facoltà occorrevoli all'apertura del processo di falso incidente sia fuori delle attribuzioni del presidente: è il magistrato autorevole e prudente che regge i primi passi di questa procedura. Egli può, anzi deve, ordinare al depositario pubblico che gli si rechi l'originale dell'atto, facoltà che gli compete come ogni altra per lo eseguimento dell'ufficio suo.

Non è però questo l'*originale del documento* cui accenna il presente articolo, giusta il quale l'esistenza dell'*originale* non è che *eventuale* (*quando esista*). O si tratta dunque d'una scrittura nel genere suo compiuta, di una scrittura privata, essa non ha propriamente un *originale*, ma essa stessa è un originale, o può esser redatta, come dicesi, in più originali, e sarà questo il caso in cui si troverà utile ravvicinarli fra loro. Ma *originale* non potrebbe dirsi che con un linguaggio molto improprio e inesatto. Molto meno potrebbe chiamarsi *originale* l'abbozzo della scrittura che le parti sogliono tracciare talvolta prima di redigere l'atto nella sua forma definitiva, benchè in certi casi l'averlo sott'occhio possa influire a scoprire la verità. Ma non è possibile che questo sia l'oggetto che la legge viene coltivando con una certa insistenza.

Tornando un momento alle facoltà del presidente rapporto all'*atto originale pubblico*, si vedrà com'egli possa farne prudentissimo e commendevolissimo uso nei casi gravi e dubbi, rimettendo le parti a disputarne avanti il collegio previi quegli atti di cautela che stimerà convenienti.

2. Ora passiamo ad osservare i due capiversi dell'articolo.

Il 1° ci rimanda al titolo *Della verificazione delle scritture*. Il rimando è troppo vago: sembrerebbe che nell'indicato precedente paragrafo *Della verificazione delle scritture* esistesse già una disposizione accurata e precisa

sulle norme e cautele da adoperarsi per custodire *le scritture di comparazione*. Niente affatto, le scritture di comparazione talvolta sono depositate e talvolta no, con quali norme, con quali cautele, si fa questo deposito? Non si sa altro fuorchè il cancelliere ne rimane responsabile (art. 289, capoverso).

Nel 2° capoverso s'insiste ancora sul *deposito dell'originale*, di questo benedetto originale che noi andiamo cercando d'indovinare. È una formola asciutta, inconcludente, dire qui *l'autorità giudiziaria da i provvedimenti occorrenti*, ma siccome si adunano due termini opposti, *se il deposito dell'originale non siasi eseguito* (ma possa eseguirsi), *o non possa eseguirsi*, il giudice si troverà bene imbarazzato nell'abbondanza delle sue facoltà. È tempo di determinare la intelligenza del vocabolo *originale*.

Bisogna risalire un momento alla legislazione madre. L'art. 221 del Cod. di procedura civile francese si esprime così: « *En cas qu'il y a minute de la pièce arguée de faux*, il sera ordonné, s'il y a lieu, par le juge commissaire, sur la requête du demandeur, que le défendeur sera tenu, dans le temps qui lui sera prescrit, *de faire apporter la dite minute au greffe*, et que les dépositaires d'icelle seront contraints, les fonctionnaires publics par corps, et ceux qui ne le sont pas, par voie de saisie, amende, et même par corps, s'il y echêt ». Tali minute non sono altro che le matrici dalle quali è tratta la *spedizione* prodotta, come spiega a questo luogo il Carré: « L'intérêt qu'il y a de rapprocher *les minutes de l'expédition lorsque celle-ci est soupçonnée de faux* ». Interesse immenso, come ognun vede, quando si tratti di una *spedizione* cioè di una copia autentica rilasciata da un ufficio o da un funzionario qualunque; e può apparire in due aspetti assai diversi. Perchè o la copia stessa è attaccata di falso come copia, la comunicazione dell'atto originale risolverà la questione, o nell'attaccare la copia autentica hanno voluto colpirsi i vizi e le falsità dell'originale, attaccando così la convenzione nella sua stessa esistenza, eccoci ancora al bisogno dell'originale.

Ora abbiamo una scorta positiva e certa per farci un'idea precisa di *questo originale*, possibile, eventuale, non necessario, eppure tanto importante.

Non si tratta dell'originale atto pubblico notarile che è sempre là al suo posto, sempre pronto, toltine eventi fortuiti, disgraziati; trattasi di quegli originali a così dire vaganti, che o sono presso un funzionario pubblico, il quale non ha dalla legge l'obbligo positivo e rigoroso di conservarlo ne' suoi archivi, o sono anche in mano a privati, benchè rapporto a questi ultimi sia difficile a concepirsi come la copia (se copia è, e non un altro originale) abbia potuto presentarsi in giudizio a far prova.

Noi siamo nell'ipotesi che questo documento, che il giudice ordinò di depositare, non siasi voluto o potuto, o non possa in verun modo prodursi perchè non esiste.

Il *capoverso* dice semplicemente all'*autorità giudiziaria*, cioè al consesso giudicante, provvedete.

I casi sono molto diversi: si resiste all'ordine del giudice, gli si nega obbedienza, si ricusa di produrre la carta senza giusto motivo. Dovranno forse applicarsi i mezzi coercitivi ordinati dagli articoli 287 e 288? Perchè non dovrebbe agirsi in ugual modo se il caso è precisamente quello? Ma, se mi regga la pazienza in questo esame, domanderò al dotto redattore di questo titolo, che merita per altri rapporti tutta la nostra riconoscenza, perchè non ci abbia dato un cenno espresso di rinvio a quelle disposizioni, specialmente che sono penali, non facilmente applicabili per induzione?

Nel caso opposto che l'originale sia divenuto impossibile, il *procedere* non significherà altro fuorchè o il mandare avanti la verificazione senza l'originale, o decretare che essendo necessario e non potendosi dall'attore produrre, la questione incidente è finita, e si passa al merito. Che accerrà allora *del documento impugnato*? Quantunque non possa dichiararsi falso, potrà esser rigettato, quando non si tratti di *atto pubblico*, di atto per sè provante, di che riserviamo alcune considerazioni non prive d'interesse, all'articolo 305.

Articolo 303.

Sull'istanza d'una delle parti è citata l'altra a comparire davanti il giudice per essere presente al processo verbale, che sarà fatto per assicurare l'identità e lo stato del documento.

Se sia stato eseguito il deposito dell'originale, è fatto processo verbale dello stato sia dell'originale, sia della copia.

Articolo 304.

Nel processo verbale debbono descriversi le cancellature, aggiunte, interlinee, ed ogni altra particolarità. Esso è fatto in presenza del ministero pubblico.

Con lo stesso processo verbale il giudice stabilisce il termine entro cui la parte che impugna il documento dovrà, sotto pena di decadenza, dedurre le prove del falso, e il termine entro cui l'altra parte dovrà notificare la sua risposta, con assegnazione della causa a udienza fissa sull'ammessione dei motivi della querela di falso, e delle prove sulle quali si fonda.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dai loro procuratori, dal giudice, dal ministero pubblico e dal cancelliere.

Il documento impugnato è pure sottoscritto dal giudice, dal ministero pubblico e dal cancelliere.

Annotazioni

1. La citazione che si fa da una all'altra parte per esser presente al processo verbale e alla descrizione del documento, è una comunicazione completa, ma ciò non impedisce *la visione in cancelleria* che qualche altra volta abbisognasse di fare.

2. L'articolo 304 è una buona legge, si associa ad altre disposizioni ugualmente buone. *I motivi della querela furono contemporanei alla querela*, furono notificati insieme al decreto del presidente (art. 301). Ora si tratta invece della discussione delle prove con tali ingiunzioni che si esauriscono con un solo decreto, onde mirabilmente si semplifica questa parte della procedura senza nuocere alla difesa.

Articolo 305.

L'autorità giudiziaria nel pronunziare sulla querela di falso può ammettere anche in parte i motivi della medesima, e riservarsi di pronunziare sugli altri dopo la prova degli ammessi.

I motivi ammessi sono indicati nel dispositivo della sentenza.

Annotazioni

1. *I motivi per ammettere la querela* allo esperimento della prova, *non sono i motivi per dichiarare il documento falso*. I primi non sono che robusti indizi e cause gravi di sospetto; i secondi sono enunciazioni di fatti verificati. L'andamento della legge è cauto e pieno di prudenza. Parte dei vizi di cui l'atto è accusato possono rivelarsi con una certa chiarezza al giudizio preventivo degli occhi, se le alterazioni dello scritto si manifestano. L'autorità giudiziaria preliba, previene, in certo modo, l'opera dei periti. Più serio è l'affare quando il vizio non è apparente, e bisogna prima avere esperimentata la prova per sapere se l'accusa abbia pure principio di esistenza.

È manifesto che in fatto di scritture private il problema che si affaccia alla saggezza pratica di un tribunale, è assai meno arduo. La sua efficacia provante consistendo in gran parte nel non esser contraddetta, la prova contraria per dimostrarne la intrinseca od estrinseca falsità, troverà sempre minore resistenza che non dove si tratti d'atto pubblico. Nondimeno la prova testimoniale che finisce coll'essere la prova degli atti più importanti e terribili della umana vita, la prova testimoniale sarà ammessa ad accertare la falsità intrinseca dell'atto pubblico, e la materia dei capitoli in quanto sia accurata, lealmente esposta, circostanziata, verisimile, concludente, determina la nostra convinzione.

2. *Della condizione dell'atto pubblico sotto una querela di falso civile.* L'articolo 1317 del Codice civile pone dapprima il dogma della verità presuntiva dell'atto pubblico; indi lo considera alle prese, diremo così, con una querela di falso, penale o civile. « Nel caso di querela di falso in via penale, la esecuzione dell'atto impugnato per falso *viene sospesa col mandato di cattura*, sino a che non sia rilasciato il mandato di cattura, *e nel caso di querela di falso in via civile l'autorità giu-*

« *diziaria può, a norma delle circostanze, sospendere temporaneamente la esecuzione dell'atto* ».

La legge nel determinare i limiti a questa forza imponente dell'atto pubblico non avrà bisogno di dire, o disse implicitamente, che avrebbe potuto anche mandarsi ad esecuzione colle dovute cautele, ex antio pendente il giudizio incidentale della querela.

Non vi è dunque contraddizione che la stessa sentenza ammetta la querela ed ordini la esecuzione dell'atto pubblico sotto cauzione.

Ciò fu già stabilito nel diritto romano: « Saepe aperte divorum parentum nostrorum rescriptis (parla dell'imperatore Alessandro Severo) declaratum est, quum mutandae solutionis gratia, a debitore falsi crimen objicitur, nihilominus *intra executionem criminis debitorem ad solutionem compelli oportere* ». Nell'articolo 21 del titolo 9 dell'ordinanza del 1737 si leggevano queste parole: « Le juge peut ordonner que, par provision, l'acte contre lequel l'inscription de faux est formée, sera exécuté à caution ».

L'autorità giudiziaria sembra dunque investita del più ampio potere discrezionario, essendo lasciata arbitra prudente delle circostanze di fatto ch'essa sola può valutare. È singolare e può fare una certa maraviglia che, mentre in criminale si prefigge il punto prima del quale e sino al quale l'atto incriminato conserverà tutta la sua *forza*, in civile la facoltà inibitiva del giudice non sia frenata da limiti o condizioni. Tuttavia il giudice dovrà prender lume, io credo, da quello stesso criterio che condusse il legislatore a decretare che *appresso il mandato di cattura* la esecuzione dell'atto viene sospesa, e farne argomento che ben gravi e fondati sospetti di falso devono concorrere per ordinare la sospensione dell'atto pubblico. È certo che la legge non attribuisce in verun luogo all'atto semplice della querela un simile effetto; benchè, secondo le circostanze, possa tenersi in sospeso la procedura: la qual cosa ho debito di chiarire, e lo farò indicando posizioni le più comuni e appellandomi al senso pratico.

Tizio ha istituito giudizio in forza di un patto compreso in un pubblico rogito non munito di formola esecutiva, e domanda la risoluzione di un contratto per inadempimento di obbligazioni. Querela di falso. Si tratta di una causa ordinaria, di una causa che non ha carattere d'urgenza, e di una questione seria in se stessa. Delegato il giudice, il processo verbale viene colorando il sospetto della falsità. Si proseguono le operazioni: si pronuncia sulla querela in senso di ammissione a forma del presente articolo 305. Nulla si pronuncia sulla sospensione del documento, ma intanto se l'attore senta il prurito di riassumere il merito, gli sarà opposta la pregiudizialità della procedura di falso, e sarà arrestato nel suo moto imprudente.

Paolo possiede un rogito munito di clausola esecutiva che gli dà diritto a domandare le pensioni d'affitto scadute, malgrado qualunque eccezione. Egli è anche proceduto sino ad un certo punto agli atti esecutivi. Il debitore lancia una querela di falso contro quel rogito. Gran mercè se questa tattica fosse fortunata e diventasse comune! È molto probabile che l'autorità giudiziaria trovi essere questa una chicane insopportabile, e respinga tosto la querela. Poniamo invece non la reputi priva del tutto di fondamento, e lasci aprire la procedura di falso. Ma giunta al punto segnato da questo articolo, ordina che il rogito avrà la sua esecuzione previa cauzione. Posizioni diverse, e buone entrambe le determinazioni del tribunale.

Io ritengo che prima di essersi fatto un saggio assai rimarchevole delle prove del falso non si potrà, non si dovrà mai emettere una dichiarazione formale di sospensione dell'atto pubblico.

3. *Ammettere in parte i mezzi* significa ammettere in parte i mezzi che la querela propone a titolo di prova, ammettere i periti e non i testimoni, aspettando l'esito di una prova che può esser decisiva, o nel presagio, che se non riesce il primo mezzo o esperimento, l'altro tornerà vano: facoltà che hanno i giudici in ogni caso di verificazione scritturale.

Articolo 306.

Quando debbano esaminarsi testimoni si presentano loro i documenti impugnati, e le carte di comparazione. Di ciò è fatta menzione nel processo verbale, osservate nel resto le disposizioni contenute nel § 3 di questa sezione.

Se i testimoni nell'atto della deposizione presentino documenti, questi si uniscono all'esame dopo essere stati sottoscritti dai medesimi, dal giudice e dal cancelliere. In questo caso si consegnano ai testimoni le copie dei documenti da essi presentati, certificati dal giudice e dal cancelliere.

« ces désastreuses pour des tiers, auxquels, « malgré leur intérêt, il pourrait être impossible de se procurer, hors les témoins instrumentaires eux-mêmes, aucun élément « pour prouver le faux dont le testament est « entaché ».

Articolo 307.

La prova per mezzo di periti si fa nella maniera seguente:

1° Le scritture di comparazione sono proposte d'accordo delle parti, o designate dal giudice a norma dell'articolo 286;

2° Si consegnano ai periti i documenti impugnati, il processo verbale comprovante il loro stato, la sentenza che ha ammesso i motivi di falso e ordinato il giudizio dei periti e le scritture di comparazione.

I periti dichiarano nella relazione di aver ricevuto ed esaminato questi atti, e sottoscrivono i documenti impugnati.

Se i testimoni abbiano unito documenti alla loro deposizione, la parte può richiedere, e il giudice ordinare, anche d'uffizio, che i documenti siano presentati ai periti.

Si osservano nel resto le norme stabilite nel paragrafo precedente.

Annotazioni.

1. **È ingiunto di presentare ai testimoni i** *documenti impugnati e le carte di comparazione* (art. 306). Non può che giovare. Quanto ai periti è assoluta necessità; non potrebbero altrimenti compiere l'ufficio. Onde ritengo che il mancarvi nel primo caso non porterebbe nullità, ove non si trattasse proprio di un esame applicato al materiale della scrittura; nel secondo caso si avrebbe nullità evidente per l'art. 56, capoverso 1°.

2. L'uso dei mezzi del falso, la loro distribuzione, la loro economia è nelle più preziose facoltà del giudice. I periti possono sentirsi o indipendentemente dai testimoni, *o dopo i testimoni*, come da questo articolo è manifesto.

3. Il metodo della verificazione è ordinato dall'autorità giudiziaria (art. 305). Si è visto che è in sua facoltà *ammettere anche in parte i motivi* (ossia i mezzi) *della querela, riserbandosi di pronunziare sugli altri*. Ciò importa una nuova pronunzia, *non del giudice delegato*, ma *della stessa autorità giudiziaria*. Se non si fosse che ammessa la prova testimoniale, si dovrà far destinare una nuova udienza onde sia ammessa la prova peritale, o dappoichè sia stata chiesta o non è chiesta ancora ove se ne giustifichi la concludenza, e potrà involgere non tenui questioni.

4. Come le *scritture di comparazione* possono *esser designate dal giudice*, ne segue non essere necessario che il collegio le preordini; il giudice ha la sua norma ineccepibile nell'art. 286. Un ricordo storico finirà di convincerci di questo diritto del giudice delegato.

L'Ordinanza del 1737 (tit. IV, art. 19, tit. II, articolo 30) dichiarava espressamente che *le juge-commissaire* aveva tutte le facoltà per ammettere o rigettare i documenti comparativi.

5. *Le scritture di comparazione possono essere a lor volta attaccate di falso?* Contro la sentenza affermativa non veggo sollevarsi argomento meritevole di serio esame. Non si può dir altro di questo in fuori, che se anche le scritture di comparazione potessero esser così impugnate, non si finirebbe mai più, e si potrebbe intrecciare un bel giuoco di rinascenti e studiose impugnative. L'inconveniente è possibile, dipende dai giudici il non dar tempo a manifesti intrighi; ma sarebbe assai peggio accogliere elementi falsi quali istrumenti alla scoperta del vero (Chauveau su Carré, quest. 935 bis). « L'intérêt de la célérité est grave, « notava Bonnier, *mais on ne doit pas lui « sacrifier celui de la vérité* ».

6. *Della prova per titoli o documenti.* Quando la legge dettò le sue norme per la verificazione delle scritture, propose nell'articolo 284 tre mezzi. Il primo: *documenti.* Quantunque il presente capitolo non accenni *a prova per documenti*, chi mai si attenterebbe di escluderla? « La preuve par titres « est extrêmement simple, dice Bonnier, « lorsque des actes non suspects établissent « un fait qui détruit complètement la vérité « des allégations de l'officier public, comme « *un alibi*, le faux est démontré de la ma« nière la plus palpable, c'est ainsi que les « énonciations d'un acte de naissance ont été

« *dato di cattura* è l'atto che ordina di procedere all'arresto dell'imputato, e di farlo « tradurre nelle carceri per essere interrogato dal giudice come sopra, o perchè il « corso dell'istruzione rende necessaria la sua « detenzione ». Due leggi nuove, uscite a così breve distanza l'una dall'altra, saranno state senza dubbio messe in armonia fra loro. Esaminato quest'ultimo Codice non si trova di fatti incompatibilità fra il presente articolo e le disposizioni di quello. La legge considera come portato a certa maturità il processo di falso, e siccome tutti codesti atti fatti in giudizio civile, sono istituiti avanti giudice competente nel concorso del pubblico ministero e nel continuo contraddittorio delle parti, vi è più che bastante guarentigia sì per la grave risoluzione di un mandato d'arresto, che per lo aversi in penale come parte integrante dello stesso processo che ivi sarà per compiersi. Già il processo di falso incidente civile (a differenza del *falso principale civile* che, d'ordinario almeno, suppone esclusa la concorrenza del giudizio penale), il processo di falso incidente civile, io diceva, ha tutti i caratteri di una introduzione al giudizio penale. Sono giurisdizioni distinte per l'oggetto, e dove in qualche punto nell'oggetto si combinano (unico il caso del falso), niente osta al loro procedere d'accordo, mutuando la civile alla giurisdizione penale i suoi propri materiali e i risultati che ne ha raccolti. L'autorità giudiziaria che rilascia il mandato di cattura esaurisce nello stesso tempo ogni suo potere; l'arrestato è condotto al procuratore del re, egli solo può interrogarlo.

È osservabile la riserva — *se ne sia il caso*. Ciò basta bene a raffigurare una facoltà della quale si farà, non ne dubito, uso prudente. La riserva riguarda il *fatto* e riguarda il *diritto*. Il fatto o per l'entità o per la qualità o per la malizia potrà non esser tale che si giudichi opportuno rilasciare un mandato di cattura. La procedura penale segna le norme secondo le quali ha luogo o non ha luogo il mandato di cattura; l'autorità civile consulterà questa norma, e anzichè oltrepassarlo si terrà indietro dal limite.

Rammentiamo inoltre che in qualunque momento può cessare la procedura del falso civile, ognora che il pubblico ministero trovi fondamento a promuovere l'azione penale; qui non facciamo che seguire lo sviluppo ordinario del giudizio civile.

b) Sulla desistenza della parte attrice nel giudizio di falso. Colla desistenza l'attore riconosce la verità del documento impugnato. La sua dichiarazione, inutile rispetto al pubblico ministero e all'azione penale di cui dispone, obbliga l'attore colla forza del contratto giudiziale. Ecco volentieri questa interessante dottrina del Chauveau: « Pour nous, « nous pensons que, si le désistement de la « partie ne lie pas le ministère public, il lie « toujours la partie qui s'est désistée; son « action est dès lors éteinte, *et quand même* « *la pièce serait déclarée fausse sur les pour-* « *suites criminelles, il ne serait pas permis de* « *revenir contre son désistement, pour s'inscrire* « *de nouveau* » (In Carré, quest. 940 bis). Il giudizio criminale non produce più la sospensione del civile, il documento è riconosciuto; il quale riconoscimento e accettazione della parte tien luogo della verificazione stessa.

c) Dell'effetto che il giudizio penale sarà per produrre nel giudizio di falso incidente civile. Un effetto potrà averlo. La giurisdizione civile, sospesa, aspetta la pronunzia definitiva della penale. Su che? Sull'oggetto che l'ha occupata sin qui, sull'identico oggetto che un altro giorno ricomparirà o potrà ricomparire non più nello stato di dubbio, ma risoluto, definito, in tutto lo splendore della verità; la parte favorita dalla decisione verrà semplicemente a reclamarne le conseguenze avanti la giurisdizione civile.

Questo istituto è tutt'altro che una novità. Non ce ne ha forse altro più originale, come non si ha alcuna legge di procedura che abbia radici più profonde nella essenzialità delle cose e nei grandi principii regolatori delle giurisdizioni.

Eppure la troppo celebre polemica che cominciò fra Merlin e Toullier, e via dicendo, e che si propone per tutti gli scrittori come un tema obbligato, o come uno di quei magnifici soggetti dell'arte che non si vuol perdere l'occasione di trattare, s'intromette anche qui, e suscita nuove rivalità e calorose discussioni. Tra i più moderni, il Chauveau propugna quella ch'egli chiama indipendenza delle giurisdizioni (quest. 943 in Carré); dall'altra il Boncenne, il Dalloz, e non pochi seguaci che accettano come un principio unitario e informatore del diritto, la reciproca influenza delle giurisdizioni.

È una questione che o bisogna risolvere con poche parole senza metter piede nello spinaio degli argomenti che si producono da una parte e dall'altra, o bisogna rassegnarsi a spendervi intorno molte pagine trattandola compiutamente. Una sola obbiezione che si trascuri può meritarvi il rimprovero di poca lealtà. Io vi rinunzio. Protesto che mi manca

lo spazio, scarso a tante questioni più necessarie che scrivendo mi nascono sotto la mano. D'altronde io ne ho discorso a lungo in un'altra scrittura che vengo memorando (non per vanità, Dio me ne liberi!), ma per venirmi quasi appellando a me stesso per quello che al presente non posso dire. Nel mio trattato *Dell'azione penale*, nel § XXVI, e più amplamente nel § CI, ho esaminata la controversia, in un punto di via forse nuovo, emancipandomi dalle insolubili disputazioni sulla cosa giudicata, che suol essere il campo scelto dagli scrittori delle varie opinioni, e collocando la soluzione in un principio superiore, *nell'interesse generale che muove il legislatore a unificare fino a un certo punto e armonizzare le giurisdizioni*.

Posto adunque come risoluto che questo è uno dei casi in cui il giudicato penale determina la posizione colla causa civile, e accettando le conclusioni del Bonceune (vol. XI, cap. XVI, *De faux incident civil*), non mi resta che avvertire ad alcune varietà della decisione penale: c'est, dirò col citato autore, *que l'autorité de la chose jugée doit être limitée à ce qui a été formellement décidé par le jugement*.

La cosa giudicata penale può restare senza influenza nella causa civile. Lascio in disparte la dichiarazione dei giurati (che si sostiene non avere carattere di decisione giudiziale o di cosa giudicata), e non guardo che alla sentenza della corte d'assise che ne consegue, e a quella del tribunale correzionale. La decisione può essere di tre maniere: *l'imputato non è colpevole*, *non consta del reato*, *l'accusato è colpevole*. Nelle prime due specie la decisione non ha legale influenza sulla causa civile. Il documento può esser falso, quantunque non consti della reità dell'accusato. La causa ritorna adunque impregiudicata (quanto al documento) alla giurisdizione civile, e si riassume nello stato in cui venne lasciato. O l'accusato fu dichiarato colpevole, non potendo essere colpevole senza la materiale esistenza del falso, il documento non è più: è distrutto.

d) *Del falso parziale*. Un istrumento che contiene molte convenzioni può essere impugnato in qualche parte: si pretende aggiunto un patto, o alterate alcune parole di un patto. Valido in tutto il resto (Leg. 41, Cod. de transaction.), può esser fondamento ad altre decisioni, purchè il patto impugnato non abbia dei rapporti di correspettività, o di logica relazione, coll'intero contratto.

Articolo 300.

Quando nel giudicare sulla querela di falso l'autorità giudiziaria abbia ordinato la soppressione o cancellazione in tutto o in parte, oppure la riforma o la rinnovazione dei documenti dichiarati falsi, si sospende l'esecuzione di questo capo della sentenza, finchè sia scaduto il termine dell'appello, della rivocazione e cassazione, o finchè la parte soccombente abbia espressamente accettato la sentenza.

Annotazioni.

1. L'articolo suppone la inesistenza delle condizioni per le quali il tribunale deve sospendere la causa e rimettersene al giudizio penale. L'autorità civile condanna il documento e lo dichiara falso, che dee farsi di questo arnese del delitto venuto a contaminare il processo giudiziale?

Lo scritto, vuoi pubblico o privato, sul quale è caduto il giudizio del falso, può essere *soppresso o cancellato in tutto o in parte*, ovvero *riformato o rinnovato*. La *lacerazione* (che simula un modo diverso di distruzione) sarebbe abolita, se pure non è stata dimenticanza del redattore dell'articolo, del che mi sia lecito dubitare per ricordo all'articolo 422 del Codice di procedura civ. sardo, in cui si leggeva la parola *lacerazione*, oltre tutti gli altri modi qui riportati. Anche l'articolo 322 del Codice siciliano diceva *soppressione*, *lacerazione* o *cancellatura*, ecc. Cito questi due soli che precedono immediatamente l'ultima legislazione. Ma io vorrei domandare al Tommaseo se *lacerazione* sia sinonimo di *soppressione* o di *cancellazione*. Valganmi le parole di Bonceune: « On prononce la *suppression* lorsque « des exemplaires, des expéditions, ou des « extraits de la pièce fausse sont en diverses « mains, et qu'il est impossible de les atteindre pour *les lacérer et les rayer*. *Supprimer* « *un écrit c'est le condamner au néant*, et lui « défendre d'en sortir. Il y a même des actes « qu'il n'est pas permis *de lacérer ni de rayer*, « quoiqu'il soient reconnus faux, *tel serait un* « *acte de l'état civil*. Le jugement de rectifi« cation est inscrit sur le régistre, mais l'acte « lui-même ne peut être matériellement ni

« altéré ni changé. Il demeure *supprimé*, tou« tefois il ne subsistera pas moins, dans son « entier sur la feuille qu'il occupe. La « pièce déclarée fausse, qui se trouve sous la « main de la justice, est détruite par *lacéra« tion* » (Tit. *De faux incident*, chap. XVI).

Adottando simile filologia, non approvo quello che disse il Carré: « Il en ordonne la « suppression, c'est-à-dire *l'abolition qui s'o« père par la lacération, le déchirement de cette « pièce par le greffier* ». La soppressione è voce di genere, ha degli usi molto più generali, si sopprime un passo sfavorevole trascrivendo un brano di un opera, si sopprime una tassa, si sopprime un ordine monastico, e tutto ciò senza lacerarli, la *soppressione di un documento* è la sua abolizione in genere, la sua distruzione morale qualche volta, come osserva Boncenne, non si può distruggere materialmente.

È chiaro che la *lacerazione* o *cancellazione* sono modi della soppressione (da ciò l'inesattezza dell'articolo *soppressione* o *cancellazione*). La carta che non serve più a nulla, la scrittura privata sostanzialmente falsa, *si lacera*: il cancelliere fa un processo verbale del fatto. La pagina di un volume che non si può strappare senza deformità o senza danno di altre scritture inviolabili, *si cancella*, si taglia con segni che ne indicano l'abolizione, in margine vi è una dichiarazione a ciò firmata dall'autorità. Si *riforma* lo scritto quando i vizi di cui è arguito sono parziali; ciò specialmente ha luogo se lo scritto è privato. Interlineate le parti rimose, alterate le clausole aggiunte, il cancelliere scrive in margine che quei passi sono espulsi dal documento e più non esistono. Si *rinnova* il documento, ordinando che si presenti di nuovo secondo verità, il che si suole in fatto di copie autentiche su qualche parte delle quali era caduta la falsità, dovranno riprodursi nella conformità del loro originale.

2. Oltre i termini generalmente sospensivi dell'appello, anche quelli della *revocazione* e della *cassazione* dovranno passare, ognuno ne sente la ragione. L'accettazione formale della sentenza privando di codesti rimedi, la rende eseguibile senza pericolo. Ho detto *accettazione formale*, e calco su questa frase, perchè la sentenza, fors'anco eseguita per altri rispetti, non s'intenderebbe a questo gravissimo accettata. La legge lo dice *espressamente*. Mi basti questo cenno, dovendo in altro luogo occuparmi di proposito *del diritto dell'acquiescenza e accettazione dei giudicati*.

3. Fate mente alle parole *si sospende l'esecuzione di questo capo della sentenza*, mentre altri capi possono mandarsi ad esecuzione. Finito il giudizio d'appello, si potrà continuare lo stesso giudizio di merito, o dar luogo ad una prova, chiedersi le spese, ecc., restando i documenti allo stato loro nella custodia dell'uffiziale pubblico.

Articolo 310.

Nella sentenza definitiva sul falso è provveduto alla restituzione de' documenti. Ciò ha luogo anche per i documenti impugnati, se non siano giudicati falsi.

Dei documenti trasportati da un uffizio pubblico si ordina la restituzione ai depositari, la quale è eseguita dal cancelliere nel modo stabilito dall'autorità giudiziaria.

Articolo 311.

La restituzione ordinata a termini dell'articolo 310 non può essere eseguita prima che sia decorso il termine stabilito nell'articolo 309.

Durante lo stesso termine è sospesa egualmente la restituzione delle scritture di comparazione e delle altre, se non sia altrimenti ordinato dall'autorità giudiziaria ad istanza dei depositari delle dette scritture o delle parti

Annotazioni.

Documenti da restituirsi sono tutti quelli che si radunarono per servire allo esperimento comparativo, allo studio del fatto messo in questione. Sono documenti da restituirsi, ossia da lasciare in piena disponibilità del producente, quelli che furono *materia del processo di falso*, ma non furono dichiarati falsi. Ma come la sentenza potrebb'esser *revocata* o *cassata*, ed è ancora incerto se in definitivo sfuggiranno alla censura che tuttavia li minaccia, l'articolo 311 estende al maggior termine possibile la sospensione della restitu-

zione. Lo stesso articolo 311 fa una giusta riserva *a favore dei depositari delle scritture di comparazione* portate in giudizio. Motivi troppo legittimi verranno ad interporsi a favore specialmente dei *depositari pubblici*, i quali d'altra parte possono dar garanzia di rappresentare gli stessi documenti ove occorra. L'ordinanza del 1737 aveva con delicata previdenza pensato anche a questo.

Articolo 312.

I cancellieri non possono senza un decreto del presidente rilasciare copia dei documenti impugnati che sono in deposito nella cancelleria.

Articolo 313.

I cancellieri che contravvengano alle disposizioni degli articoli 309, 310, 311 e 312 sono puniti con sospensione non minore di un mese, nè maggiore di un anno, e con una multa estendibile a lire trecento, oltre i danni verso le parti, e salvo, se ne sia il caso, il procedimento penale.

Annotazioni.

1. La legge distingue fra i documenti *impugnati e quelli che non sono impugnati*. I primi, eziandio non dichiarati falsi o dichiarati veri nella pendenza degli indicati termini, non sono ancora definitivamente giudicati, non sono ancora fuori di pericolo. Ciò dimostra che non potendo il cancelliere di questi dar copia, senza *un decreto del presidente*, dei documenti non impugnati, proposti al confronto e allo studio pratico della questione, può il cancelliere dar fuori spedizioni di sua propria autorità. Questa è anche l'opinione di Carré, che porto volontieri a conforto di quel funzionario che non deve trovarsi a suo agio sotto l'imperiosa minaccia dell'articolo 313. È dunque un punto interessante. « Quant aux autres pièces dont « les originaux ou minutes ont été remis au « greffe, telles que les pièces de comparaison, « et notamment les régistres sur lesquels ils « auront des actes non contestés, comme ces « actes ne sont point suspects, et que par con« sequent, où ne soit aucun danger à satisfaire « les parties qui ont droit d'en demander « expédition, *les greffiers peuvent sans diffi« culté délivrer les expéditions demandées par « les parties*, même sans pourvoir (anche questo « avviso mi è grato mandare a codesti abili e « benemeriti funzionari), *en cette circonstance, « exiger des droits plus forts que ceux qui se« raient dûs au dépositaire de la minute, s'il « délivrait lui même expédition* ». La ragione si è che i terzi (chè tali qui consideriamo i richiedenti le copie) non devono essere aggravati da una condizione eccezionale di cose di cui essi non rispondono in alcun modo (Carré, all'art. 245 del Codice di procedura francese).

2. Un'altra cautela è imposta ai presidenti che mandano ai cancellieri gli ordini di spedizione dei documenti impugnati. Essi ingiungono che nella stessa spedizione si faccia menzione *della querela e dei qualunque ordini che siano stati in proposito emanati* (Carré, al detto articolo, quest. 978, Pigeau, *Comment.*, tom. I, pag. 482; Thomine, tom. I, pag. 424).

Ancora due avvertenze: 1° Che l'art. 312 può bene intendersi indipendente dalle disposizioni restrittive degli articoli 309, 310 e 311 riguardanti la *restituzione* dei documenti. Lo stesso divieto della restituzione può produrre un più vivo bisogno delle copie a supplire la mancanza del documento. 2° Che i cancellieri, come depositari pubblici, e nel caso rappresentanti eziandio i depositari naturali dei documenti che occasionalmente sono nella loro custodia, mentre sono soggetti alle prescrizioni degli articoli 913 e seguenti, hanno i diritti stabiliti nell'articolo 917.

Articolo 314.

La parte che ha proposto la querela di falso, se sia soccombente, è condannata al risarcimento dei danni verso l'altra parte, e in una multa estendibile a lire cinquecento.

La multa non è applicata quando il documento, od uno de' documenti impugnati, sia stato dichiarato falso anche in parte.

rejetée de la cause ou du procès, *b) se la querela per una ragione qualunque non sia stata ammessa*. L'articolo 427 sopracitato racchiudeva parte almeno di questo secondo concetto e vi annetteva la condanna penale, l'obbligo di emendare i danni. Io ho posto che il presente articolo 314 è dominato dalla stessa intenzione. Se non che occorre distinguere i due stadi rappresentati dall'art. 301 e dall'articolo 305. Con ciò troveremo che l'idea degli altri codici non è del tutto vana, e sarà meglio rilevato lo spirito del nostro articolo.

Io dico adunque, *ragionando con questo spirito*, e secondo le viste della nostra legislazione, che il rigetto della querela che avviene *primo loco* con ordinanza di presidente o con sentenza di tribunale in quello stato di causa che esiste giusta l'articolo 305, non trae a sè l'applicazione del presente articolo 314. È una domanda come un'altra, che può essere respinta eziandio per ragioni non aventi il menomo rapporto colla questione di falsità. È stato deciso per esempio, che *contro un atto di giuramento non si applica il sistema del falso incidente civile* (Casale, 26 aprile 1856, Bettini, 1856, tom. II, pag. 506). La natura della questione, la palese contrarietà degli atti del processo (cassazione franc., 21 gennaio 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, 1857, pag. 184) ingiungono per avventura al giudice o al tribunale di dover respingere la domanda, di *non accettare la querela*. Tali sono i casi nei quali non si applica l'articolo 314, col corredo delle sue conseguenze penali. Una volta accettata la querela, una volta eretto il verbale, spinti nelle obbligazioni dell'articolo 304, se non si riesce nella prova, o se per questa ragione si soccombe, non potete più liberarvi dalla pena.

Che avverrà se il documento *è rigettato dagli atti?* Con ragione il nostro legislatore si è guardato dal riprodurre questa strana idea e questa strana espressione. È gettato? che s'intende? Svolgendosi successivamente il merito della causa, il documento della cui materiale verità più non si dubita, scrutato nelle sue ragioni intrinseche, non risponderà forse al bisogno della causa, o sarà vinto da altre prove, o simili, onde sarà *rigettato*, se così volete dire nel modo più improprio. Ma sarà forse men vero? Forsechè non avrete perduto il processo di falso, processo *sui generis*, diviso e indipendente da ogni vicenda del merito?

Articolo 315.

Il ministero pubblico deve promuovere l'applicazione delle pene stabilite negli articoli precedenti.

Articolo 316.

Le transazioni nei giudizi di falso in via civile non possono eseguirsi, se non siano omologate in giudizio, sentito il ministero pubblico.

Annotazioni.

Precedenti storici. — La Leg. 18 Cod. de transact. è uno di quei monumenti dell'antichità che descrive, a così dire, la smisurata distanza che le nostre idee hanno percorsa in fatto di penalità. Si transige sui *delitti capitali* quando portino *pœnam sanguinis*, eccetto l'adulterio *Glossa magna*, alla citata Leg. 18, ed ivi Salic. ed Alex. — *In omni pœna sanguinis potest transigi vel pacisci, excepto adulterio. De alia pœna non, nisi falsi*. Si sa che i delitti capitali erano in vario modo puniti, coll'ultimo supplizio, colla perdita della libertà e della cittadinanza (*damnatio in metallum vel opus metalli*); colla perdita semplicemente della cittadinanza (*deportatio*). Ebbene, quegli atroci e terribili reati che nell'interesse della libertà generale noi affidiamo sopratutto alla giustizia indipendente, erano quelli appunto che il privato arbitrio poteva cancellare, per un principio di umanità pessimamente inteso. *Accusato licet qualitercumque redimere sanguinem suum*. Gli adulterii, che noi abbiamo fra reati famigliari e transigibili, erano soli eccettuati, sia per un certo orrore di circostanza che in quell'epoca di Diocleziano ispiravano per la loro frequenza e scandalo infinito, sia perchè dietro le facili transazioni si prevedeva l'impunità. Negli altri delitti *pubblici* transigere non si poteva: *si quis transegit, pro confesso habetur* (Leg. in omnibus Dig. de prævaricat.), se ne eccettui il falso. Ed è appunto al falso, a cui nei tempi nostri s'impone la giustizia penale come cosa di sua ragione. Perchè questo? *Ratio est*, dice colla sua ordinaria semplicità la glossa, *quia plerumque falsi accusatio refertur ad pecuniariam utili-*

tatem (Cujacius, *Observat.*, lib. VI, col. I L. D., Voet, *Ad pand.*, lib II, t. XVI). Vi s'intromettevano controversie, belle per gli eruditi, inutili a noi miseri praticanti. Il reato di falso era proprio di quelli che non costavano sangue? Voet osserva che ai liberi non soleva irrogarsi la pena di morte, ma sì agli schiavi, e poteva essere una ragione di più per concedere la transazione. Che si trattasse realmente di transigere *de crimine falsi*, e non dell'istrumento di dubbia fede, ossia sulla dubbia esistenza del falso *prius quam de eo jus redditum esset, et de privata tantum laesione* (argomentando dalla Leg 7 Cod. ad Leg. Corn. de falsis) non si disputava più, anche molto prima del Cujaccio di cui recito le solenni parole « Porro eadem (Leg. penult. Cod. de transact.) « *etiam probat de falso transigi, recte*, nam « quod ait, *decisa*, transactionem significat, et « generaliter ex ejus tribus constitui hoc po« test, *transactione finitam quaestionem falsi*, « *nec civiliter*, *nec criminaliter retractari* « *posse* ».

2. La celebre ordinanza del 1737 (art. 52), dettò pure delle norme che tutti i codici di procedura si sono appropriate. Si è molto parlato sull'intendimento dell'articolo 249 del francese, che noi rappresentiamo nell'articolo 316 con una forma più semplice. Ma gli occhi si fissarono sulla espressione *le transazioni* NON SONO ESEGUIBILI, NON POSSONO ESEGUIRSI. Non la transazione adunque, propriamente tale, ma la ESECUZIONE è soggetta all'omologazione e da essa dipende. Ciò avviene nell'evidente scopo dell'interesse dell'azione pubblica. La transazione è valida fra le parti la transazione ferma i rapporti, fissa i limiti dei loro diritti. La lite stessa è finita. S'intende nondimeno che per lo più si viene a patti, e se ne subiscono i più duri per togliere di mano alla giustizia quelle carte accusatrici che vi hanno fatto perdere i sonni e vi mettono in continuo pericolo. La giustizia lo sa e veglia *sui materiali che ha raccolto*, e non li cede se non quando, consultato il pubblico ministero, si trovano poco utili ad un giudizio penale. Ecco la esecuzione, ossia la parte di esecuzione che dev'esser approvata per aver effetto, o se altre ve n'ha che del pari interessi la giustizia penale. « Les parties ne sont « pas libres, disse Treilhard, par des conven« tions privées et secrètes, *de faire dispa*« *raître les traces d'un crime*, et de soustraire « les coupables aux peines qu'ils ont encou« rées ». Del resto, se l'effetto non fosse questo, l'articolo sarebbe un pleonasmo mentre le private convenzioni si considerano non esistenti in ordine ai reati di azione pubblica.

3. È naturale che da quella clausola, che sembra dar vita alla transazione, *il diritto della omologazione*, venisse fuori il dubbio se la transazione fosse *nulla di pieno diritto*. Carré, Dalloz, e non so chi altri caddero nell'errore, ampiamente confutato dal Boncenne, vol. II, cap. XVI, in fine, da Pigeau, Thomine, Mangin, *De l'act. publique* n° 30; Chauveau, all'articolo 250, quest. 939, Corte di Bruxelles, 12 febbraio 1830, *Journal Avoués*, tom. XLI, pag. 601, Bonnier, n° 574, infine, tutti concordi nel ritenere che la omologazione non ha altra ragione, altro scopo che l'interesse pubblico dal che discende che la transazione non *omologata* non è men valida fra le parti. Nel *Trattato dell'azione penale*, § 26, ho più a lungo discorso quest'argomento.

4. Ricerca forse più interessante, *in qual momento del processo s'incontri il vincolo.* Non prima dell'accettazione della querela, diciamo col Thomine e col Boncenne (loc. citato), alla cui dottrina noi aderiamo, altri dissenzienti. Nato il decreto che accetta la querela e ordina le operazioni nelle quali comincia ad aver parte il ministero pubblico, simbolo di un elemento nuovo e fecondo che s'introduce nel processo, allora solo è acquistato all'organo dell'azione penale un diritto che limita la nostra libertà intorno all'uso di quei materiali che diventano a lui pure comuni.

Articolo 317.

La parte che ha proposta querela di falso in via civile può sempre proporla in via penale. In questo caso il giudizio civile è sospeso, salvo quanto è stabilito nel capoverso dell'articolo 308.

Annotazioni.

1. L'espressione così categorica dell'articolo — *può* SEMPRE — rende inutile la questione sollevata da qualche autore se vi abbia momento del processo nel quale non sia lecito convolare al giudizio penale. Una difficoltà potrebbe sorgere dall'art. 7 della proce-

dura penale (1). È però a considerarsi 1° che colui contro il quale è prodotto il documento ch'egli attacca di falso, non ha scelto a sua volontà e grado la *via civile*, ma ha dovuto battere il documento in sede civile, perchè ivi è stato prodotto, 2° che non si tratta di *azione penale non esercibile che ad istanza della parte offesa* (detto articolo 7). Nel caso nostro la parte privata, offesa o danneggiata dal falso, non fa che dare in mano al pubblico ministero dei materiali per promuovere l'azione. Il diritto, la convenienza, la opportunità di promuoverla è di competenza dello stesso pubblico ministero.

2. *Se la parte contraria dichiara di non voler far uso del documento prodotto, si può nonostante* (abbandonato il giudizio di falso incidente civile che non può più aver luogo) *procedere in via criminale?* Bisogna persuadersi che la via criminale è sempre aperta. Niuno può esser costretto a battersi fra le strette di un incidente civile, se non che il diretto affronto di un giudizio penale, che ha d'uopo di una direzione personale contro supposti delinquenti, espone l'agente a ben maggiori responsabilità. L'esercizio però di tale diritto (a rischio e pericolo, ben s'intende), è guarentito da quella legge. Poco importa adunque se dichiarando di fronte alla minaccia si è risposto non volersi far uso del documento. Questa è pure la opinione del Carré, quest. 1012, del Boncenne, tom. IV, pag. 74, e di altri autori. Solo è a riflettere che con siffatta dichiarazione negativa la parte *che esibì la carta impugnata può ritirarla, essa non rimane in deposito nella cancelleria* (articolo 301, capov. 2°) se non appresso la dichiarazione *di volersi servire del documento*: allora solo la carta è esposta ai rigori del sindacato e a tutte le sue conseguenze. È probabile quindi che manchi il *corpo del delitto*; del resto l'attore nel falso può procacciarsi il materiale che gli abbisogna coi mezzi che la legge potrà permettergli; non mai però obbligando la parte contraria a riprodurre a comodo del giudizio penale la carta che aveva diritto di ritirare: *non sunt sumenda arma de domo rei*.

3. *Se l'autorità giudiziaria non abbia a premettere alcuno esame intorno alla querela proposta in via penale prima di sospendere il giudizio civile.* Pongasi mente alle diverse posizioni giuridiche create dagli art. 308 e 317. Quanto al primo, la stessa autorità giudiziaria ordina il rinvio della causa al penale, convinta della presenza di queste due condizioni: 1° esistere indizi sufficienti di falso; 2° esistere dei colpevoli, delle persone che devono risponderne. Essa, quando così pronuncia, ha già esaminato tutto questo, e sospende il giudizio proprio. La stessa conclusione assume nell'altro caso dell'articolo 317. Ma non dovrà forse premettere lo stesso esame? Tutto gravita, ben si vede, verso il giudizio penale, a cui la legge civile apre per così dire da ogni parte sbocchi. Della facoltà data all'offeso di portare la contestazione al penale, in ogni tempo, è pur d'uopo tener conto; onde il giudice civile, troppo sottilmente volendo investigare la materia del falso, potrebbe cadere nella censura di preoccupare in certa guisa lo stesso giudizio penale. Bisogna dunque andar cauti. E basterà che si riconosca: 1° la regolarità della querela presentata, s'intende, da chi ne ha il diritto; 2° che si trovino indicati gli autori o i complici del falso; condizione già stabilita nell'articolo 308 (dottrina insegnata da un arresto della Corte di cassazione francese, 11 luglio 1826, *Journal Av.*, t. XXXI, p. 331, approvato dal Chauveau in Carré, quest. 960, in fine).

Articolo 318.

Non può essere pronunziata sentenza in causa di falso, se non sentito il ministero pubblico.

Annotazioni.

Crediamo non inutile riportare le seguenti osservazioni già stampate nella seconda edizione.

Il sig. avv. Augusto Franchetti (2), dettando una erudita monografia sui prefati due articoli, in un breve passaggio che mi riguarda, dice: « Se sono certo sagge e lodevoli le considerazioni teoriche e le critiche del cons. Borsari a questo articolo del Codice (articolo 301), non così sembra da approvare, di fronte all'esplicito testo della legge, l'opinione dell'istesso

(1) « Nei casi in cui l'azione penale non può esercitarsi che ad istanza della parte offesa, non può questa, dopo scelta l'azione civile avanti il giudice competente, promuovere il giudice penale ».

(2) Archivio giuridico, vol. IV, pag. 166.

giureconsulto, allorchè stima essere pure tra noi concessa al presidente la facoltà di respingere la querela di falso, salvo alle parti il diritto di reclamare dinanzi all'intero collegio ».

L'opposizione non mi ha fatto maraviglia, non esistendo il *testo esplicito in contrario* (per verità questo sarebbe troppo), e perchè il concetto è nello spirito e non punto nelle parole. Intendo bene che per chi vi obbietta la violazione letterale di un testo di legge altro argomento non bisogna, ma chi non potendo citare il testo espresso, pensa nondimeno di averne non solo compreso lo spirito, ma di avere altresì espressa una necessità della procedura, avrebbe desiderato altri motivi per ricredersi dal suo proposito: dovere di ogni scrittore che senta di aver errato.

Lungi che l'articolo 301 resista letteralmente alla mia opinione, vi presta appoggio. Nelle varie note alquanto estese su quell'articolo, osservai fra le altre cose che il magistrato a cui è presentata la querela ha nel suo stesso ufficio la facoltà *di non darvi corso*, salvo al querelante di ricorrere al collegio, e di far dichiarare l'ammessibilità della querela. La opinione contraria considera il presidente organo passivo, quale sarebbe l'usciere cui si consegna una citazione da notificare, o un cancelliere che riceve gli atti senza leggerli. Il presidente invece è investito di una funzione attiva, perchè compete a lui ordinare il procedimento, delegando a questo effetto un giudice. Non si può immaginare ch'egli sia costretto di farlo ad occhi chiusi, quasi automa mosso dal filo misterioso della legge. Supponiamo che il producente dichiarando di interporre querela esibisca una istanza che accenni a tutt'altra cosa, che la querela proposta in giudizio incidente colpisca un documento estraneo alla lite, che non siasi fatta la interpellazione voluta dall'articolo 298, o non risulti che la risposta dell'interpellato sia stata negativa anzichè affermativa di voler far uso del documento, che manchino i motivi, che il procuratore non sia munito di mandato speciale, dovrà il presidente delegare il giudice, ordinare la procedura? Io non enumero tutti i casi, ma questi bastano a giustificare la mia asserzione giuridica, nè io dissi che la facoltà del presidente sia assoluta. Anzi è mio dovere di aggiungere ch'egli non prende cognizione del valore intrinseco della querela, della sua relazione col merito della contesa, dell'influenza che l'atto potrà esercitare in giudizio.

Dato che il presidente non avesse neppure la facoltà di esaminare il tenore, l'indirizzo della querela, la regolarità della presentazione e simili, sino a qual punto si dovrebbe correre ciecamente, in quale la insulsa procedura dovrebbe fermarsi? Per certo dopo il decreto *che si fa luogo a procedere*, e notificatolo, il giudice delegato dovrebbe operare, citarsi l'altra parte, erigersi un processo verbale in presenza del pubblico ministero, pronunciarsi decreto del giudice delegato assegnante un termine alla produzione dei mezzi di prova, un altro alla contraria parte per esibire la sua risposta, destinare finalmente l'udienza del tribunale nella quale si discuterà il merito della querela (art. 302, 303, 304). Se dunque il presidente non ha facoltà neppure di legger la querela, se la istruzione è *sempre* necessaria, questa corsa cieca è inevitabile e non si fermerà che arrivando nel banco del tribunale che deve giudicare del merito. Invano si vedrà allora che non fu che un perditempo, perchè la inconcludenza della istanza era palese dal suo tenore.

Io convengo che nel sistema nostro è bandito quel primo stadio del giudizio che, secondo l'art. 218 del Codice di procedura francese, *à l'effet de faire admettre la inscription en faux* richiede una sentenza di tribunale. Una certa maggiore libertà d'iniziativa è lasciata presso noi alla parte dolente; ma veggo che si è disposti a concederle anche una libertà sfrenata, senzachè alcun potere moderatore possa sbarrarle il cammino. Questo è troppo: appunto perchè manca a noi quella garanzia di serio proposito che abbonda nel rito francese, dobbiamo esser contenti che l'alto magistrato al quale è attribuito il potere di ordinare la gravissima procedura di falso, non conceda il facile *passare* alle più miserabili velleità, alle ire, a impotenti sfoghi di bile.

Non sono io che voglio menomare i diritti della giustizia; chiunque si trovi arrestato ai primi passi può rivolgersi al collegio, se dissi; e gravandosi di un rescritto negativo, si ha tutto il diritto di domandare anche con citazione una pronuncia del tribunale *sull'ammessione della querela*. Non si creda che il diverso metodo di procedere adottato dal nostro Codice impedisca nè la domanda, nè la facoltà di pronunciare sentenza *sull'ammessione* della querela che si trovi contraddetta, combattuta, nella sua prima comparsa. In realtà alla notificazione del decreto ordinante la procedura, potrebbe sorgere una fiera contestazione sul diritto stesso della querela, per una ragione qualunque che tocca al merito della questione. Innanzi a siffatta contestazione si arresta la

facoltà istruttoria, uopo è rimettere l'affare al tribunale che pronuncia su questo preliminare che decide della stessa istruzione.

Viene poi un'altra parte dell'articolo del sig. Franchetti, nel quale concordo pienamente. Ma trovando già troppo arida la mia nota all'articolo 304, coglierò l'occasione per dire una parola in aggiunta.

Il termine dell'articolo 304 è perentorio, e la inosservanza ha per effetto la *decadenza*. Io non parlai neppure nè della perentorietà di questo termine, nè quindi della sua improrogabilità. L'ebbi per cosa dimostrata. Approfitto della diligenza del sig. Franchetti per appropriarmi alcune decisioni da lui indicate a comodo dei miei lettori.

La prima è una decisione della corte d'appello di Torino del 3 luglio 1863 (*La Legge*, anno III, pag. 862, 863); l'altra della corte di cassazione sedente in Milano del 9 dicembre 1864 (Bettini, vol. XVI, I, 758, 760), amendue le quali decisioni confermano che il termine dell'articolo 412 del Codice di procedura sardo (cui è conforme il nostro 304) è improrogabile.

Non deviò da questo principio la Corte d'appello di Firenze, la quale con sentenza del 10 febbraio 1868 (*Annali della giurisprudenza*, part. II, pag. 139 e 140) ritenne che bastasse *nel periodo assegnato dal giudice una specie di prova* per evitare la decadenza: e ciò disse considerando che più specie di prova sono permesse dal Codice, quindi ad una sola appigliandosi (documentale, peritica o testimoniale) il voto della legge dovea ritenersi adempito, salvo di maturare in seguito la efficacia della prova, quando la corte *dovrebbe pronunciare sentenza definitiva sulla querela di falso*.

Vero è che un inciso che ivi si legge — *dovendosi statuire su ciò* (vale dire sulla decadenza) *allora soltanto che istruite le altre prove* dovrà, ecc., e dinota una certa inesattezza ed oscillazione di concetto, poichè la questione della decadenza doveva decidersi allora o non più, e perchè si pareva disposti ad ammetter altre prove fuori del termine; ma checchessia, la conclusione della corte era giusta.

Questa inclinazione non buona della corte d'appello diventò sentenza nel 7 giugno 1869, nella quale, trascorso il termine legale, ritenendo che *fatti nuovi* fossero emessi alla udienza, fece luogo ad un apostilla, e concesse al querelante di aggiunger nuovi mezzi e di modificare il prodotto tenor delle prove. E qui cadde in errore, ritenendo prorogabile il termine. Quella sentenza, come pronunciata in violazione all'articolo 304 venne annullata (corte di cassazione di Firenze del 9 agosto 1869, nella quale io ebbi l'onore d'intervenirvi).

SEZIONE V.

Del rendimento dei conti e della liquidazione dei frutti.

OSSERVAZIONI GENERALI

« I vigenti Codici italiani trattano del rendiconto dei conti e della liquidazione de frutti nei « procedimenti di esecuzione forzata. Però è palese che colui il quale viene richiesto di dare « un conto della gerita amministrazione o dei frutti che deve restituire o consegnare, può pre- « sentarlo senza attendere una sentenza che lo dichiari tenuto a farlo.

« Ma supponendo pure che il rendimento dei conti o la liquidazione dei frutti sia stato or- « dinato da una sentenza, non è per questo che l'uno o l'altra debba comprendersi nei proce- « dimenti di esecuzione forzata. Devono soltanto far parte di tali procedimenti quei mezzi « coattivi all'adempimento delle obbligazioni, i quali si risolvono sui beni mobili o immobili o « sulla persona del debitore. Quando chi è tenuto a rendere il conto di un'amministrazione o « dei frutti non adempia al precetto della sentenza, non si fa luogo ad alcuno dei mezzi coat- « tivi, ma potrà soltanto ammettersi la prova di un carico estimatorio anche mediante giura- « mento ». *Relazione* Pisanelli.

Il luogo che si assegna ad un titolo in un ben ordinato corpo di leggi esprime il grado di relazione che quel subbietto ha con tutti gli altri di cui il Codice si compone, e suppone la cognizione esatta della sua natura. Una perfetta partizione è ciò che vi ha di più arduo in un vasto lavoro che avendo ad esporre molteplici e diverse materie, deve guardarsi che la varietà non faccia danno alla unità, e su poche idee fondamentali dovrebbe saper erigere il proprio disegno. È già questo uno dei caratteri d'inoltrata civiltà letteraria. Lode ai nostri legislatori che si sono occupati del metodo generale della trattazione, apprezzandone la importanza. I sei Libri in cui era diviso il Codice di procedura sardo, che sono anche di più nel Codice francese e furono nel siciliano, si ridussero a tre; si concentrarono le idee direttive del lavoro, e le grandi rubriche si restrinsero, aggruppando le disposizioni affini le cui attinenze vennero meglio comprese. Si è progredito. Questo primo Libro — *Dell'ordine e della forma dei giudizi* — ha una vasta estensione perchè non dovrebbe averla? Messo a riscontro col Libro secondo, i loro caratteri differenziali spiccano nel modo più luminoso.

Articolo 319.

Chiunque sia tenuto a rendere un conto, deve presentarlo coi documenti giustificativi.

Annotazioni.

Non posso occuparmi del *diritto del rendiconto* ciò mi porterebbe tropp oltre. Occorre soltanto avvertire se il sistema che ci presenta questa *sezione* sia proprio esclusivo e comune ad ogni giudizio di rendiconto.

È distinzione ovvia ma necessaria, fra i conti che due o più parti che trattarono affari insieme si danno scambievolmente, e fra la obbligazione di render conto inerente alla gestione di tutore, di mandatario, ecc. Nel primo caso l'obbligazione è reciproca, nel secondo la obbligazione è solo da un lato ciò basta a separarne i caratteri. In quello i conti rispettivi rappresentano le opposte pretese che possono in una liquidazione eliminarsi, o trasportare il debito in colui che si vantò creditore: anche il rendiconto può costituire in credito il tutore o il mandatario, ma solo in conseguenza delle sue proprie operazioni. L'azione che nasce da simile posizione di cose è diversa, diversa la posizione dei contendenti l'uno rimpetto all'altro. Sono del primo caso talvolta i rapporti dei soci fra loro, regolati da ordinamenti speciali, come quelli di commercio, ai quali l'istituto presente non si estende in veruna guisa.

Coloro che hanno l'obbligazione del rendiconto devono uniformarsi alla presente legge ogni volta che si tratti di un giudizio i funzionari dell'ordine amministrativo sottostanno a regole particolari. Del resto questa legge racchiude la nozione essenziale del rendiconto che è immutabile.

Senza dubbio la regola di rito spiegata in questa sezione riguarda i conti resi *in via principale.* Non è raro che nel corso di un giudizio sia ordinata la resa di un conto; e allora si vedrà taluno degli ordinamenti che verremo esaminando, non potere aver luogo È anche vero che allora non si tratta di un rendiconto di una gestione o di un'amministrazione; ma piuttosto di liquidazione di frutti, di spese o danni. Ci fermeremo più avanti sull'articolo 328.

Articolo 320.

Il conto deve contenere:

1° Lo stato delle cose di cui vi è obbligo di dar conto;

2° Le partite dell'esatto;

3° Le partite dello speso;

4° I residui da esigersi e gli oggetti da ricuperarsi.

Esso deve terminare con un riepilogo.

Annotazioni

La formazione del conto è di troppo facile intelligenza le chiose sarebbero superflue. Ma da chi si produce questo conto? E del conto non deve darsi comunicazione all'altra parte? Nell'articolo 666 dell ultima procedura si era provveduto; ivi erano poste le regole seguenti 1° che il conto era sottoscritto dalla stessa parte o da un procuratore specialmente autorizzato, 2° ch esso veniva depositato in cancelleria unitamente al mandato e ai documenti giustificativi di cui si formerebbe un elenco, 3° che il deposito sarebbe notificato alla parte a cui si rende il conto con intimazione a prenderne comunicazione e deliberare.

Vedremo, proseguendo l esame, che la nuova procedura per commendevole amore di semplicità si presenta incompleta · eccone frattanto un saggio. La procedura francese è assai pingue e troppo: questa è smilza e stecchita.

Bisognerà bene adottare le regole che erano prescritte nell'articolo 666. Ognuna di essa è necessaria. Non avrebbe diritto di esaminare, criticare e fare sue istanze quella parte a cui si rende il conto, si ponderoso e importante affare? (articolo 322). Non avrà un termine a rispondere e deliberare? Ciò per altro dev'essere messo in relazione colle avvertenze che seguono e che abbracciano tre articoli perchè abbiano una certa unità e, come suol dirsi, un valore d'insieme.

Articolo 379.

Quando l'esatto ecceda lo speso, il presidente, su l'istanza della parte interessata, ordina il pagamento del sopravanzo, senza che per ciò s'intenda approvato il conto.

Questa ordinanza ha effetto di sentenza spedita in forma esecutiva, e non si ammette reclamo contro di essa.

Articolo 380.

Quando la parte cui si rende il conto voglia impugnarlo, deve proporre le sue osservazioni con indicazione distinta delle partite impugnate, e con citazione a comparire davanti il presidente per la nomina di un giudice delegato

Articolo 381.

Le parti discutono il conto davanti il giudice delegato, e questi ne fa processo verbale, enunciando le loro osservazioni.

Quando le parti siano d'accordo, il giudice approva il conto, e ordina il pagamento delle somme, e la consegna degli oggetti dovuti. A questa ordinanza è applicabile il capoverso dell'articolo 321.

Se le parti non siano d'accordo, il giudice provvede a norma dell'art. 181.

Annotazioni.

1. *Competenza e procedura.* L'art. 321 fa capo al presidente — *il presidente ordina, ecc.* L'incontro di quest'autorità all'ingresso della procedura insinua la credenza che il giudizio di rendimento di conti si risolva in una domanda da conformarsi all'articolo 181 e seg.

Abbiamo già preso nota che questo è un *giudizio principale.*

Conviene riportarsi all'articolo 97 È una di quelle competenze che possono chiamarsi eccezionali: ha una base rea e, *forum rei gestæ,* quantunque l'azione non sia che personale. Pertanto l'attore, ossia colui che rende il conto, non può sfuggire a questa giurisdizione, creata nell'interesse della giustizia, tenendosi che il luogo stesso ove l'amministrazione fu tenuta, cooperi ai migliori, ai più veritieri effetti del rendiconto, e che il giudice che ha conferita l'amministrazione sia il meglio informato. Per noi la giurisdizione è invariabile, dato ancora che il conto non si offra dall'amministratore ma sia giudizialmente richiesto dall'amministrato. Questo parmi anche l'avviso del Carré, del Favard de Langlade e del Thomine,

Su ciò mi pare non esser dubbio. E ritengo non ci sia neppur dubbio che quando si tratta di costringer taluno a render conto, si debba promuovere un giudizio colle regole ordinarie della citazione introduttiva avanti l'autorità giudiziaria competente, sia questo il tribunale o il pretore, secondo l'importare del conto. Ciò è tanto vero, che la sentenza che ordina la presentazione del conto, e assegna un termine, non può esser funzione di un giudice qualunque del collegio, ma deve pronunciarsi *dall'autorità giudiziaria*, ed è pure letteralmente stabilito nell'articolo 320. *Che però il rendiconto si presenti spontaneo alla liquidazione*, questa procedura, che sarebbe nuova, merita esame.

Negli altri codici, non escluso l'ultimo sardo, si è sempre visto un giudice delegato assistere alla discussione del conto e render decreti anche importanti, ma il punto di partenza, o causa efficiente della facoltà sua, risiedeva nel tribunale: ora pare veramente che l'ordine sia cangiato. Ecco il sistema che verrebbe a risultare dai tre articoli. Se io voglio far liquidare un conto, lo reco, corredato dei documenti e nella forma degli articoli 319 e 320 al presidente del tribunale, che con ordinanza invita a sè l'altra parte in giorno ed ora destinata e ne ascolta le ragioni. Di ordinario il conto subirà una discussione: intanto se la *parte interessata* lo domanda, il presidente ordina il pagamento del reliquato passivo che è liquido e confessato, senza pregiudizio di un maggior debito.

Inerendo a questa forma semplice e compendiosa, la legge non impone obbligo di comunicazione, mentre suppone che la parte o il suo procuratore si presenti, accetti il conto o dichiari di volerlo impugnare.

Non sarà mica indispensabile che le osservazioni di cui parla l'articolo 322 si facciano subito, ed ecco il caso della necessità di un termine, ma di un termine definito. Il Codice è muto, solo si sa che l'oppugnante cita avanti il presidente per la nomina di un giudice delegato. Le operazioni di una discussione sono lunghe, sono distraenti, onde il giudice delegato subentra come in tutte le altre operazioni di questa natura. Questa disposizione dimostra pur anco e conferma come l'autorità presidenziale sia quella che deve adirsi in principio, ed essa dura competente sino al punto in cui la causa acquista una portata che la fa ascendere alla cognizione del collegio, come si dirà più avanti. E qual termine avrà l'oppugnante, giacchè deve averne uno? Una regola d'analogia che si può trarre da altre disposizioni del Codice, la pratica precedente, ci fanno credere ch'esso avrà il termine ordinario a deliberare, cioè di quindici giorni, e anche pensiamo che lo stesso presidente potrà prefiggerne uno minore o maggiore, secondo la gravità del conto e le circostanze.

Per quanto dice l'articolo 323 del capoverso sembrerebbe che l'*accordo delle parti* non potesse avverarsi nel congresso che si fa avanti il presidente; a me non pare. La discussione che ha luogo avanti il giudice delegato suppone che non vi sia stata accettazione pura e semplice del conto, si dovrà dunque inferirne che se vi fu accettazione pura e semplice, la questione finì nel suo primordio, tuttavia anche dopo una discussione le parti possono convenire, e allora nasce la ordinanza del giudice delegato che non dà luogo a reclamo. Se le parti non si trovano d'accordo, è allora che la causa si porta al tribunale.

Ne segue che il rinvio della causa al tribunale non sarà mai opera del presidente, ma solo del giudice delegato.

Ma noi fin qui non abbiamo esaminato che una faccia del giudizio di rendiconto. Abbiamo supposta la *spontanea reddizione del conto*. Dal lato opposto la procedura ci manca e ci abbandona alle nostre proprie indagini.

Per costringere alla resa del conto non si potrà far capo al presidente, lo abbiamo già detto. È dovuto o non è dovuto il rendiconto? Questione di merito, questione che può essere delle più ardue e difficili, deve decidersi dal tribunale, può portarsi all'appello, alla cassazione. Resta a vedersi se, finito tutto questo rumore, quando si tratta di dover presentare il conto, abbiam a ricominciare la storia di questi tre articoli, o non si possa o si debba presentare allo stesso tribunale che ha già dato sentenza, e ne ha imposta la presentazione. *Se chi deve presentare il conto non lo faccia nel termine stabilito*, è certo che spetta all'autorità giudiziaria, al collegio, interporre sentenza, e condannare se occorra, previo giuramento dell'altra parte (art. 320). Ma subentrata l'autorità giudiziaria, io credo bene possa estendersi a quella direttamente presentarsi il conto, e non saprei vedere come fosse privata di un diritto sì ampiamente contenuto nella sua giurisdizione. Ed allora io ritengo dovranno praticarsi le forme avvertite all'articolo 320. Il tribunale potrà delegare uno dei suoi giudici per le operazioni della discussione.

Se invece la parte a cui si offre il rendiconto nega di riceverlo (allegando per esempio che non sia venuto ancora il momento, che la gestione non sia finita, o per altre ragioni per-

ché si questiona di tutto, il presidente, in luogo di delegare un giudice alla discussione del conto, rimetterà senz'altro la questione all'autorità giudiziaria.

Questo variare della procedura, secondochè si tratti di spontanea o di forzata reddizione del conto, non era dei codici anteriori: questo tenue movimento della storia del processo chi mai lo avrà notato? Io credo possa meritare una parola. La questione comparve nel foro francese. Si domandò se per quella legislazione vi fosse differenza di rito nelle sopraccennate contingenze. Si rispose di no. Doveva in amendue i casi pronunciarsi sentenza, nell'uno per assegnare un termine a rendere il conto, nell'altro per assegnare un termine al creditore del conto per riceverlo, e riconoscere il reliquato (Lepage, Chauveau, ecc.). Parmi che i codici sardi non disponessero in modo diverso. L'articolo 166 del Codice sardo, che, come abbiamo visto chiosando l'articolo 320, offriva delle regole utilissime trascurate dal presente Codice, riuniva, io credo, amendue i casi della reddizione volontaria e forzata, in ognuno dei quali la previa sentenza del tribunale era necessaria. La separazione rituale di codeste istanze è nella natura loro, la procedura è divenuta più semplice, e con piacere addito in questa parte un miglioramento.

2. *Non si ammette reclamo* (articolo 321). Quindi non solo non si ammette appello, ma neppure ricorso al collegio dalla ordinanza del presidente, che, come dice l'articolo, *ha tutti gli effetti di una sentenza*. Faccio un'eccezione: *se il giudice avesse oltrepassata la quantità liquida e dichiarata del reliquato*. Vi sarebbe eccesso di potere.

Un altro caso di eccezione osserva, e mi pare giustamente, il Carré. Se il renditore del conto avesse fatto conoscere di avere legittimi motivi per non pagare il reliquato, per esempio *opponendo la compensazione con altro credito liquido*, che vale il non aver debito, non saremmo più nel caso semplice dell'articolo 321, competerebbe il ricorso e anche l'appello (Carré, nota 2, alla qu. 1871; Scialoja, *Commentario del Codice sardo*, vol. v, num. 102).

Se il reliquato fosse dovuto a più persone, coeredi, soci, comproprietari, ecc., è sempre nei termini della facoltà presidenziale ordinarne il pagamento distinto ai rispettivi interessati (la contraria dottrina del Pigeau, t. II, pag. 710, è generalmente riprovata), senonchè in due casi, e forse in altri, può sorger controversia che mostri al presidente di non aver competenza. Quando vi sia questione sul riparto che involva la cognizione dei diritti dipendenti da titoli estranei al conto medesimo; ancora, se il reliquato fosse reclamato da creditori pretendenti cessioni o vincolo di sequestro.

È stabilito che la disposizione non riguarda *il reliquato o debito depositato del conto*. È chiaro: non si tratta più di un debito liquido e confessato, ma del risultato del conto medesimo, che suppone una quantità di elementi che, potendo esser contestati, rappresenta tutt'altro stato di cose (Pigeau, t. III, § *Compte*, div. 6, num. 12; Favard de Langlade, tom. I, pag. 619; Chauveau in Carré, qu. 1874 ter).

3. *Ufficio del giudice delegato*. Gli scrittori della materia si occupano del modo della discussione che avrà luogo avanti il giudice delegato, si dubita non assuma delle proporzioni esagerate o cada in minuziosità troppo sottili. Breve: nel giudice delegato è sempre quel potere discrezionale che è proprio dell'*istruttore*; la legge confida nel suo senno pratico, nella sua prudenza; i dispareri sul conto, le differenze di poco momento, forse riescirà a comporle; potrà ordinare qualche schiarimento, qualche prova di facile percezione, che si produca qualche ricevuta, che si presenti qualche atto per chiarire un punto dubbio, e che so io, le parti finalmente si accordano nulla di meglio. Del resto il giudice rammenti che in presenza di questioni gravi la discussione, che forse non è ben detto a rigor di parola, portata avanti di lui, non è che preliminare e sommaria; non si fanno delle vere difese, ma delle *osservazioni*, volanti, direi, che adombrano appena i punti di questione; onde a lui non appartiene ordinar prove, nominar periti, accettar testimoni, e via discorrendo, il suo compito, sotto il rapporto del dilucidamento giudiziale, è transitorio e superficiale.

È chiaro che se l'una o l'altra parte non comparisce, l'ufficio del giudice delegato è ben presto finito: manca allora affatto lo scopo. Lo scopo è preparare, coll'assumere le rispettive osservazioni degli interessati, la discussione formale; un altro, più utile, è nella speranza di un componimento; al giudice delegato sono affidate le parti, sempre nobili ed elevate, del conciliatore. Toltagli la possibilità di riescire, rimette il giudizio al tribunale.

4. *La espressione dell'articolo 323 — il giudice approva il conto — significa forse che il giudice delegato ha facoltà di rilasciare ordine esecutorio, ossia di pronunciare una vera sentenza?* No. Il giudice delegato, imperante la legge francese, rilasciava l'ordine esecutorio *pel reliquato confessato colla reddizione del conto*. Presso noi è funzione del presidente. L'accet-

tazione del conto che si fa avanti il giudice delegato è puramente e semplicemente una *concordia giudiziale*, e partorisce a favore dell'altra parte *la eccezione della confessione giudiziale*. È stato già superiormente avvertito, *che il reliquato di un conto discusso* non cade nella disposizione dell'articolo 321. Pertanto, qualora si rendesse necessaria una sentenza per rendere eseguibile la convenzione giudiziale, appartiene al tribunale il pronunciarla (così pure Pigeau, tom. II, pag. 37; Carré, qu. 1881; Demiau, Favard de Langlade, ecc.). Questa massima del resto è sancita nell'articolo 326.

In ogni caso il processo verbale è di rigore devo sempre constare in modo autentico al tribunale l'esito della commissione di cui il giudice delegato fu incaricato.

Articolo 324.

Si possono ammettere come giustificate le partite, per le quali non si può o non si suole riportare ricevuta, quando siano verosimili e ragionevoli, obbligando chi rende il conto, se si creda necessario, ad asseverarne la verità con giuramento.

Articolo 325.

Sulla domanda della parte che rende il conto si può accordarle un'indennità per le spese necessarie, a cui abbia dato luogo la compilazione, e il rendimento del medesimo.

Annotazioni.

Le spese del rendiconto in massima sono a carico di colui al quale si rende il conto. Su questo principio appoggia la presente disposizione. Il suo oggetto è ben determinato; non si hanno a confonder *queste spese* con altre spese, oltrechè non sembra dubbio che la *indennità* di cui qui si parla sia *provvisionale* e non definitiva, mentre non presuppone una liquidazione che avrà luogo nell'accertamento finale del conto. La ragione si è che chi ha fatto compilare il conto non rimanga lungamente in isborso di spese talvolta assai gravi. Accordare simili indennità spetta al tribunale. Le spese di viaggi che hanno dovuto farsi potranno esservi comprese, purchè fatte all'oggetto della compilazione del conto; se furono fatte nel corso dell'amministrazione e per essa, rientrano nelle partite attive dello stesso conto.

Articolo 326.

Quando chi deve rendere il conto non lo presenti nel termine stabilito, l'autorità giudiziaria può ammettere chi lo ha chiesto a determinare anche con giuramento la somma dovuta

Se la parte a cui si rende il conto non abbia fatto osservazioni a norma dell'articolo 322, o non sia comparsa davanti il giudice, l'autorità giudiziaria può, sull'istanza dell'altra parte, approvare il conto

Annotazioni

1. È d'uopo che il presente dettato si trovi in armonia coi principii di diritto in ordine al giuramento, non potendo alcuno pensare abbia voluto scriversi *ad opportunitatem* una legge di eccezione nella procedura.

Già nacque il dubbio quando l'articolo 647 del Codice sardo del 1854, uguale al presente, era ancora in progetto. si temeva la portata dell'articolo 647 non fosse troppo estesa e troppo larga facoltà non fosse attribuita al tribunale del rendiconto in confronto dell'articolo 1847 del Codice civile albertino, al quale è in tutto conforme l'articolo 1377 del vigente Questo dice. « Il giudice non può deferire all'attore il giuramento sul valore della cosa « domandata, *se non quando è impossibile di « provarlo altrimenti* » La commissione senatoria vide che la legge di procedura era in perfetta corrispondenza colla legge fondamentale, tanto più che la norma dell'articolo 1487 era stata espressamente richiamata.

Che si fece nella legislazione del 1859? Nell'articolo 667 fu ripetuta la stessa disposizione, questa volta senza richiamo alla legge civile,

ma certo con intendimento non dissimile. Noi siamo nello stesso stato di relazione. Senonchè quel brutto e peggio ancora, quell inesatto *giuramento estimatorio*, ha ceduto il luogo ad una forma e più propria e più esatta: *determinare anche con giuramento la somma dovuta.* Quel modo di dire racchiudeva l idea di una mera operazione estimativa, opinativa, ideale, indipendentemente da qualunque dimostrazione documentale, e forse non era quello che si voleva. Ora il concetto è spiegato, per così esprimermi, e la intenzione della legge è fatta aperta.

Nella ipotesi dell'articolo, *chi deve produrre il conto*, malgrado una sentenza che glielo impone, *non lo presenta.* Il processo è vuoto, manca ogni dato. Il deserto. Afferriamo adunque fortemente quel vocabolo ampliativo — *anche* — il quale prova che bisognerà bene studiare se sia venuto il caso del *giuramento estimatorio.*

Il giuramento estimatorio non è che una specie del *giuramento suppletorio*, ora con una formola anche più generale, *giuramento deferito d'uffizio*, che non è mai, per così dire, gratuito, ma deve avere una ragione, un fondamento nel processo, e nello stato delle prove. Ma qui si dee por mente alla singolare natura del giuramento estimatorio. *È un apprezzamento di quantità*, sorge dai materiali di fatto, dai dati di valore. Il giudice deve fare un calcolo; la misura entro la quale limita il giuramento non è che un calcolo, anche dopo giurato può restringer la somma: *cum juratum fuerit, licet judici absolvere, vel minoris condemnare* (Leg. 5, § 2, *de in litem jur.*). Deve procedere sopra cognizioni di fatto, non può abbandonare ogni cosa, il bene e il male, alla coscienza interessata del giurante. Or bene, chi richiede il conto è l attore; se il conto non si presenta, non è perciò dispensato da ogni altra prova che non sia il suo diritto generico di avere il conto. Prego il lettore di osservare come in questo modo si rientra nella formola dell'articolo 1377 del Codice civile, onde cessano le faticose spiegazioni per conciliare il principio di diritto colla norma di procedura. Se il conto non si esibisce, non può dirsi divenuto *impossibile all attore* fare una prova qualunque de suoi crediti. Ma s'egli vuol essere ammesso al giuramento, dovrà mostrare quella impossibilità che io credo impossibile, scusatemi il gergo. Una dimostrazione qualunque dell'entità di un amministrazione, della qualità dei negozi trattati, dei capitali e delle rendite amministrate, potrà pur farsi, peggio per l'amministratore s'egli non si cura di provare le erogazioni, gl impieghi, le spese fatte. E con ciò io ho voluto soltanto dar cenno del come intendere questo articolo, onde altri non tenga che l'ammissione al giuramento possa accordarsi alla nuda e semplice mancanza del conto dell amministratore, e perchè si vegga l armonia di questa disposizione con quella fondamentale dell articolo 1377.

2. *Si fa mai luogo all'arresto personale contro colui che condannato a rendere il conto non lo produce in qualunque termine?* La determinazione del nostro Codice, la comminatoria posta all inadempimento di quest obbligo, non diversifica da quella dei precedenti codici sardi. Un commentatore illustre del Codice del 1854 (Scialoja, *Commentario*, vol. v, part. I, pag. 49) censurò con ragione il legislatore della procedura di non aver fatta avvertenza all articolo 2108, n. 3 del Codice civile albertino, che statuiva potersi ordinare l arresto personale « contro colui che, dichiarato tenuto a render « il conto, manca di esibirlo. In questo caso « l arresto personale avrà luogo in difetto del « pagamento di quella somma che il tribunale « determinerà nel prudente suo arbitrio ». Le disposizioni erano perfettamente d accordo nel sistema francese e nel siciliano, essendo nella procedura scritti i mezzi di coazione che potevano adoperarsi, fra i quali l'*arresto personale* (articolo 534 del primo, articolo 617 del secondo). L illustre commentatore si trovò costretto a dire che l arresto personale avrebbe potuto applicarsi qualora non si pagasse neppure la somma fissata nel *giuramento estimatorio* a giuramento prestato. È lecito dubitare di siffatta conclusione, comunque non mancasse d appoggio, e sano di quelle che di leggieri vanno scusate a fronte di leggi imprevidenti. Ma ora il Codice di procedura si mantiene nella stessa sobrietà di rimedi, e il novello Codice civile ha cancellato la disposizione corrispondente a quell articolo del Codice albertino. È dunque stabilito che l'arresto personale non avrà luogo, eccettochè non concorrano le gravissime circostanze, divise invero da un semplice obbligo di rendiconto, indicate nell articolo 2094.

3. *Si sta nella stessa condizione colui che non rende alcun conto, o non lo accompagna coi documenti giustificativi?* Rispondiamo: *Rationes concernentes reddi tur non dicuntur nisi offerantur scripturæ administrationis.* Senonchè la esibizione del conto può semplificare la causa dell attore. Tutte le partite del *dare* stanno a suo credito; il giudice (ove non assegni un nuovo termine a produrre i documenti) potrà dedurne argomenti per deferire

un giuramento d'ufficio e segnarne i limiti.

4. *Se trascorso il termine stabilito* (art. 326) *o anche prestato il giuramento estimatorio, si possa tuttavia produrre il conto.* Non si pronuncia propriamente *decadenza* ciò stesso è ritenuto dalla giurisprudenza francese rimpetto alle moltiplici guise di coercizioni che impone quel Codice, non essendo considerate *come penali;* le quali però essendo in corso, non avrebbero potuto arrestarsi (Corte di Limoges, 13 giugno 1822, *Journal Avoué*, tom. XXIX, pag. 192, Chauveau in Carré, quest. 1868 bis). Si può dunque sempre presentare il conto finchè non faccia ostacolo la sentenza definitiva che determina la somma da giurarsi, e col giuramento prestato la condizione siasi verificata.

Articolo 327.

Non si fa luogo a revisione di conti, salvo alle parti in caso di errori, omissioni, falsità o duplicazione di partite, il diritto di proporre distintamente le loro domande.

Annotazioni

1. L'idea dominante in questo interessante articolo è: i conti resi una volta, non si rendono una seconda, *non si rivedono. Semel securitatem de refusione munerum emissam, ab alio judice non licebit replicari.* Leg. 2 Cod. de apoch. pub.; *Rationes semel redditas non esse iterandas.* Le moderne legislazioni hanno tenuto saldo questo principio, hanno cercato di metterlo in evidenza colle stesse limitazioni di cui si circonda, rilevando la sostanziale differenza fra *revisione* e *rettificazione di errori materiali* intervenuti nel conto.

Il Codice giustinianeo nella Leg. unica Cod. de errore calculi, pose il principio: « Errorem calculi, sive ex uno contractu, sive ex « pluribus emerserit, *veritati non afferre præ-* « *judicium sæpe constitutum est, unde ratio-* « *nes etiam sæpe computatas denuo tractari* « *posse*, si res judicatæ non sunt, vel transactio « non intervenerit, *explorati juris est* ». Non è facile attribuire il vero senso a quella riserva che esercitò i chiosatori; la glossa di Accursio mostra che al suo tempo erano diverse le opinioni. Checchessia, altre leggi romane venivano a rischiarare il concetto, per quanto specialmente riguarda il giudicato, del che ci occupiamo. La Leg. 1 § 1 D. g. quæ rescindantur sine appellatione, stanziò che non occorreva appellare dalla sentenza: *quoniam error computationis est, nec appellare necesse est.* Poca difficoltà si incontra sul campo delle generalità, ma quanto più ci accostiamo all'argomento, il cammino diventa scabro.

Divideremo il nostro esame in punti distinti.

Dell'errore, omissione, falsità o duplicazione delle partite.

È una formola che i codici di procedura, a cominciare dal francese, si sono tramandata.

La *revisione* porta l'esame rifatto di tutto il conto, dell'insieme del conto, o anche di una parte del conto in un rapporto complesso; la *rettificazione* non concerne che alcuni elementi e singolarità di quello. Si nega la revisione per quel principio per cui si nega il ritorno sulle cose giudicate, per cui i fatti confessati o approvati da chi avesse qualità per farlo, si ritengono indiscutibili, si accorda la rettificazione in forza di un altro principio: l'assoluta mancanza di volontà di consenso e di adesione.

In teoria s'intende: quante volte abbiamo noi detto che le difficoltà spuntano sul terreno pratico! Il nostro legislatore ci avrebbe reso un gran servigio aggiungendo a quegli *errori*, accennati con una generalità che spaventa, il facile qualificativo di *materiali* o di *calcolo*. Veramente la lettera dell'articolo apre la porta a controversie che sono, noi lo comprendiamo, affatto incompatibili col suo spirito. Non esclude gli errori di diritto: abbraccia ogni errore di fatto: ma la miglior risposta che si potrebbe dare ai cultori della lettera, essa è, che la legge distruggerebbe se stessa, e resterebbe una cosa priva di senso. L'introdurre tutta quanta la famiglia dell'errore in una discussione nuova sopra un conto approvato e definito, sarebbe un autorizzare la *revisione*, quella revisione che energicamente si vuole abolita. Le questioni decise risorgerebbero in gran parte con una fecondità disperante. A questa ragione perentoria si aggiunse un'altra non meno perentoria e definitiva: la confusione di tutti gli ordini della competenza. Decisa la causa, è dato nonostante il rimedio della *revocazione per errori di fatto* (art. 494, n° 4), ed è assoluto e fuori di qualunque contestazione che il presente istituto, come meglio si vedrà proseguendo il discorso, è affatto alieno da quello della revocazione. L'errore adunque di cui qui si tratta dev'esser qualche cosa di diverso, e viepiù semplice, di un *errore di fatto.*

Chi risalisse alla sorgente di questa istituzione troverebbe delle spiegazioni, nel processo verbale dell'ordinanza del 1667 si parlava espressamente di *errore di calcolo*. La intelligenza universale degli scrittori e della giurisprudenza è là per isciogliere ogni dubbio. La teoria dell'errore è molteplice, e forse dovrà occuparci in qualche altro luogo, per ora non vogliamo neppure definire la differenza fra le due specie d'errore di fatto qui considerate, che del resto si annunzia da sè, ma non possiamo pretermettere alcune avvertenze.

L'*errore di calcolo*, come l'*omissione*, esclude il ragionamento. L'una e l'altra si subisce, per difetto di volontà, di raziocinio, si è in una condizione del tutto passiva. Quando si tratta di *revisione*, dopo una sentenza specialmente, acquista importanza la nostra osservazione. Il giudice può avere addirittura errato il calcolo, Tizio deve cinquanta per certe partite e cinquanta per certe altre, quindi si condanna a cinquanta: l'errore è palpabile. Benonchè l'errore del giudice, comunque contenga inesattezza nel calcolo, potrebbe aver radice nel ragionamento, e allora sarebbe un'altra cosa. L'esempio che ci è fornito dalla Leg. 1 § 1 *quae sententiae sine appellatione*, etc., può presentare, con qualche modificazione, questo doppio aspetto. *Cum constat Titium Sejo ex alia specie quinquaginta, item ex alia specie viginti quinque debere, idcirco Titium Sejo centum condemno, quoniam error computationis est, nec appellare necesse est*, etc. Da altre parti della sentenza, dalle difese, dal complesso degli atti potrebbe risultare che non esiste l'errore di calcolo se non apparente, essere di fatto che dalla seconda specie emergeva realmente un debito di cinquanta, fu errore materiale il dire che Tizio doveva venticinque, laonde il debito è in effetto risultato in cento. Quante altre contingenze simili possono presentarsi! In tal caso supponendo che errore di ragionamento ci fosse nell'attribuire un debito di cinquanta sulla seconda specie, l'errore potrebbe essere di diritto o di fatto, sarebbe coperto dalla cosa giudicata e darebbe luogo alla revocazione, ma non sarebbe errore di calcolo (V. il mio commento all'art. 2071 Cod. civ.).

L'omissione non si risolve in un errore di calcolo, come ha detto Merlin, piuttosto può chiamarsi errore di calcolo la *duplicazione delle partite*. Ciò poco monta. La nostra attenzione è richiamata dall'altra formola, *falsità delle partite*.

Nulla di più giusto in massima: la falsità è peggiore assai dell'errore, chi n'è vittima merita una speciale protezione della legge. Non vi è mai conto definitivo e giudicato rapporto ai falsi elementi che contiene. Ma la pratica, controlleria perpetua della bontà della legge, sveglierà i dubbi, mostrerà gl'impacci cui è condannata fra i contendenti e nei diversi sistemi della procedura.

Falsità suona in questo caso solamente non vero, oppure suppone un mezzo artificiale adoperato per far creder vero il falso, insomma il falso propriamente tale nel linguaggio della legge? Per certo deve intendersi così, ma per la forza dell'espressione che per lo spirito, senza che saremmo portati di nuovo nell'indefinito, e non potremmo più raccoglierci sopra un punto. Una partita potrebb'esser non vera perchè non giustificata, perchè respinta dal diritto, perchè esclusa da prove contrarie, e via discorrendo. D'accordo sulla parola *falsità*, eccoci ad altre osservazioni. La falsità *era nota o ignota? dolosa o materiale? scritturale o intellettuale?* Risulta forse da documenti nuovamente scoperti, oppure da documenti che si avevano, che non potevano ignorarsi, ma non furono prodotti?

Noi abbiamo innanzi due questioni riguardanole. L'una si aggira intorno la nozione contenuta in questo articolo 327, l'altra concerne la sua relazione coll'intero sistema. Diremo ancora qualche parola sulla prima, poi scendendo all'esame della *competenza*, lo scopo di questa nota sarà meglio dimostrato.

Finchè la lite è in corso, finchè prove ed eccezioni si possono liberamente dedurre, la *revisione del conto* è una formola che manca di subbietto. S'impugnano le partite singole, s'impugna il conto intero, la discussione è piena, illimitata. Abbiamo già detto che il rimedio della *rettificazione* (che così chiamiamo cogli scrittori quello di cui si tratta) è una specie di rimedio postumo, che pur si concede quando tutto pare finito. La legge sembra persuasa che sarà facile e spedito il vedere dove giace l'errore, e si crederebbe avesse mirato ad una impressione oculare e nulla più se l'elemento della falsità non fosse provvidamente contemplato nella sua disposizione medesima. E così rimane stabilito che una disputa ben grave e difficile potrà tuttavia elevarsi in cui potranno dibattersi quei mezzi di verificazione per confronto di documenti, testimoni, e periti, che sono indicati nei giudizi di falso.

2. *Competenza*. È certo che la rettificazione delle partite del conto *è materia di un giudizio affatto nuovo* (Locré, tom. XXII, pag. 180, Merlin, *Question de droit*, v° *Compte*, § 1, Chauveau su Carré, quest. 1866 quinq., ecc.). L'articolo 541 del Codice di procedura civile

francese determina che questo giudizio si fa *avanti gli stessi giudici*. L'articolo 651 del Codice sardo del 1854 disponeva ugualmente. Il legislatore del 1859 parve colpito da un pensiero diverso: non indicò i giudici. Il Codice italiano lo ha seguito, come vedi nell'articolo; e nel suo silenzio si può leggere un rinvio abbastanza significativo alle regole comuni della competenza.

Non c'era alcuna grave ragione per rimandare le parti avanti gli stessi giudici; arroge che quella legge era necessariamente difettiva. Non si potevano rinviare agli stessi giudici coloro che avessero definito fra loro un conto in via stragiudiziale, nè coloro che avessero riportato un giudizio di arbitri i quali, salvo facoltà speciale, non avrebbero avuto giurisdizione a questo effetto (cassazione francese, 8 aprile 1818, Nancy 27 maggio 1845, Parigi, 1° febbraio 1850). Pertanto l'*azione speciale* di rettificazione (*action en redressement*) essendo, come dice Locré, *principale, nouvelle, détachée de celle sur laquelle on a prononcé*, assume un diverso carattere giuridico, non è più un'azione di rendiconto a istituirsi nel luogo della tenuta amministrazione, è un'azione personale e segue la regola comune della competenza. Ulteriore e definitiva ragione per non essere eccezionalmente portati avanti gli stessi giudici.

Dall'essere *azione* ancora segue che si propone non avanti una corte (questione che io non so invero perchè siasi fatta e dibattuta con molto apparato), ma al tribunale, e rispettivamente al pretore sotto la guarentigia dei *due gradi di giurisdizione*.

Le difficoltà vere di questo giudizio si ridurranno a tre: 1° *Qual è il confine che separa la revisione dalla rettificazione?* 2° *Quando sarà caso di rettificazione e di azione speciale nascente da questo articolo, e quando sarà caso di revocazione?* 3° *Se l'errore e gli altri difetti del conto furono già subbietto di discussione o di giudizio, si farà luogo al giudizio di rettificazione?*

Sulla prima questione: « La distinzione fra « la revisione e la rettificazione del conto non « è bastevole per discernere nella pratica i « casi in cui una domanda tende a far rivedere « il conto, e quindi sia irrecevibile da quelli in « cui essa si restringa alla rettificazione del « conto, e meriti perciò di essere accolta. Nè è « cosa molto facile, come a primo aspetto può « parere, dare una massima generale che serva « di norma, e comprenda tutti i casi possibili. « Il migliore divisamento in questa materia è « quello di riportare alcuni casi più notevoli « già risoluti dalla giurisprudenza ». Così un gravissimo scrittore recente, Scialoia, nel *Commentario al Codice Sardo*, vol. v, part. 1ª, n° 122, ed a quel luogo possono vedersi non poche decisioni. Noi ci contenteremo delle nozioni date in principio di questa nota.

La seconda è forse più grave, e si suddivide: 1° *L'azione speciale di rettificazione e l'azione in rivendicazione si escludono come incompatibili?* 2° *Portate in giudizio di revocazione le querele sull'errore o false partite del conto, sono ancora proponibili coll'azione speciale di rettificazione?*

La stretta affinità delle materie che caratterizzano i due giudizi trasporta il pratico fra questi scogli; al che si aggiunge quel fare incerto e quasi barcollante di chi ha bisogno d'indovinare in qualche modo la procedura da tenersi.

I rimedi, o mezzi d'impugnazione che la legge assegna contro le decisioni ingiuste, non vogliono elidersi a vicenda, ciò sarebbe assurdo: essi sono destinati a svolgersi coi metodi stabiliti, *ordine successivo*, di competenza in competenza, presentando all'esame tutta la questione o quell'aspetto della questione che ultimo rimane a vedersi: se i subbietti caratteristici di alcuni giudizi si avvicinano, non si confondono però. Tali sono in alcuni punti quelli della cassazione e della revocazione; ma cotali riflessi sono per avventura troppo generali in confronto di quell'azione specialissima di rettificazione del conto.

Chi percorra i primi quattro subbietti del giudizio di revocazione (sul quale siamo costretti di prendere qualche anticipazione) trova una concorrenza innegabile di materie; è condotto a riconoscere che colui che viene leso in un rendiconto per le cause portate da questo articolo 327 potrebbe ottenere in un giudizio di revocazione la soddisfazione che gli è dovuta. *L'errore di calcolo, la duplicazione delle partite* possono ritenersi compresi nel n° 4 dell'art. 494; *la falsità delle partite*, nei n. 1 e 2. E così dev'essere. Poichè il rimedio della revocazione essendo generale, e i gravami dell'articolo 327 potendo in moltissime altre contingenze presentarsi, deve poter rispondere ad ogni bisogno.

Fatto è però che codesti soggetti s'incontrano e, più duri, si compenetrano: cosicchè si hanno due azioni da esercitare: l'una in giudizio di revocazione nei termini, modi e secondo la competenza che vi è propria, l'altra per rettificazione di conto.

Se noi supponiamo che sia stato proferito il giudizio di revocazione, bisogna concludere

che le materie quivi discusse non potranno più essere proposte coll'azione di rettificazione; e se tutti i gravami fossero stati discussi, quest'azione non avrebbe più luogo. Osterebbe la eccezione della lite precedente e della cosa giudicata.

Ma facciamo la ipotesi opposta che l'azione di rettificazione a termini dell'articolo 327 sia stata prima promossa. *Potrà in seguito promuoversi un giudizio di revocazione?* Nessun dubbio. Abbiamo già osservato di sopra che l'azione di rettificazione forma un *giudizio principale*, tale che non vi è ragione alcuna per non ritenerlo protetto da quelle ampie guarentigie che la legge statuisce, fra le quali, se ne sia il caso, il ricorso in revocazione.

Intanto qual è mai il vantaggio che la legge ha voluto assicurare a colui che è stato leso così evidentemente e palesemente nella compilazione del conto? Questo solo che al giudizio di revocazione sono statuiti termini e non lunghi, laddove l'azione di rettificazione è proponibile sino alla prescrizione, e la giurisprudenza conviene nel corso ordinario di anni trenta (Merlin, *Question de droit*, v° *Compte*; Pigeau, *Comment.*, t. II, pag. 135; Chauveau in Carré, quest. 1886 quinq; Vazeille, *Des prescriptions*, n° 535, e un gran numero di decisioni). Vero è che l'articolo 497 pone certe condizioni sospensive del termine ordinario a ricorrere in revocazione, ma bisogna far certe prove che nel caso nostro non occorrono.

Sulla terza questione che abbiamo proposta, a chiarirne l'oggetto si vuole un momento supporre *che avanti i giudici stessi del rendiconto* sia stata sollevata la questione dell'errore, della duplicazione, ecc., e sia stata respinta. Si domanda *se potrà non ostante aver luogo l'azione di rettificazione.*

La risposta è facile: *non bis in idem.* Invano si direbbe con Merlin trattarsi di una disposizione eccezionale, quasichè possa sormontare quella regola fuor della quale le cose decise e giudicate non sarebbero che una derisione. In conferma di questa massima può vedersi (Pigeau, tom. II, pag 384; Chauveau in Carré, quest 1887). (V il nostro commento all'articolo 309 del Codice civile).

Articolo 328.

Per la liquidazione dei frutti si osservano le disposizioni degli articoli precedenti, in quanto siano applicabili

Annotazioni.

Anche questo titolo dalla rubrica dei giudizi esecutivi fu con ragione trasportato nella classe delle azioni principali, poichè in effetto si può esibire o domandare la liquidazione dei frutti senza che ciò sia imposto da una sentenza.

Non può negarsi per altro che quest'ultimo caso è il più frequente. Tizio è condannato a restituire una eredità insieme ai frutti a partire da un dato tempo. Formerà il suo conto colle norme degli articoli 319, 320 *fructus demptis expensis.* Gli articoli 322, 323 e 324 ricevono un'applicazione non contestabile. Può anche venire applicabile, secondo le circostanze, l'articolo 325, per quanto siano le piccole spese di cui ivi si parla, non convengono alla liquidazione dei frutti gli altri articoli speciali al *rendimento dei conti.*

Il giudizio non ricusa veruna specie di prova: quella per mezzo dei periti è la più indicata e comune.

SEZIONE VI.

Delle cauzioni.

OSSERVAZIONI GENERALI

Questo titolo è redatto con una parsimonia che può ben dirsi estrema. Bisogna però convenire che la procedura non può contenere un trattato sul diritto della cauzione. Le sue nozioni precettive appartengono al Codice civile, i suoi fondamenti razionali alla scienza

Nessun Codice di procedura ha voluto infatti incaricarsene, e ha fatto bene. Non trattasi invero che di un oggetto semplicissimo — *determinare le modalità con cui si prestano le cauzioni ordinate dalle leggi o dai tribunali.* — Perciò la economia del metodo se ben ponderata lo vedremo ha consigliato di fare astrazione da tutto, persino dagli stanziamenti del giudice e dal modo di procedere nell'eseguirli. Quindi il nostro titolo non regola che tre fatti 1° l'accettazione e dichiarazione dell'obbligo fideiussorio; 2° la prestazione di valori legali in luogo e vece dell'obbligo personale; 3° la estensione della facoltà di ricevere la cauzione mediante delegazione di altro giudice.

Articolo 329.

Quando la idoneità della cauzione non sia contraddetta, o sia ammessa dall'autorità giudiziaria, il fideiussore con atto ricevuto dal cancelliere dichiara di sottomettersi a tutte le obbligazioni relative.

Quest'atto è esecutivo anche per l'arresto personale, se vi è luogo, senza che sia necessaria alcuna sentenza.

Annotazioni

1 Esclusa la cauzione convenzionale che si regge dal patto, qui non si tratta *che della fideiussione legale e giudiziaria.* La base di questo regolamento è nell'art. 1921 del Codice civile « Qualora una persona venga obbligata dalla legge o dal giudice a dare una « sicurtà, il fideiussore offerto deve adempire « alle condizioni stabilite negli articoli 1904 « e 1905 », nei quali sono divisate le condizioni *di capacità e di solvibilità* che deve *presentare il fideiussore offerto.* Mi permetto di osservare *en passant* che veramente in codesti due articoli *non sono prescritte condizioni a cui il fideiussore debba adempiere*, ma sono invece condizioni o qualità che il fideiussore deve avere

L'articolo 1922 del Codice civile è il complemento del concetto — *cauzione* — che può consistere eziandio in un *pegno o altra cautela che sia riconosciuta sufficiente ad assicurare il credito.* Con ciò tanto la cauzione *legale* che la *giudiziale* è un apprezzamento del giudice circa il modo e la sufficienza (1.

2. *La cauzione può essere offerta spontaneamente, la cauzione può essere decretata dal tribunale*, e in obbedienza a tale decreto presentarsi, *può passare coll'accettazione dell'altra parte senza incontrare contraddizione*, finalmente *la cauzione può essere impugnata e contestata.*

Con queste premesse s'intende la duplice e diversa contingenza raffigurata nelle prime parole dell'articolo. L'accettazione espressa o anche tacita della parte (in difetto di contraddizione) è il suggello della *idoneità*.

Noi comprendiamo che la prestazione della cauzione può essere *spontanea*, applicando questa parola a quel fatto che, sebbene imposto dalla legge, non è ordinato dal magistrato. Tali sono le *cauzioni legali* propriamente dette, che non hanno mestieri di essere preparate da un giudizio. L'usufruttuario sa di dover prestare una cauzione ebbene egli la presta senz'altro coll'esibire un fideiussore, o una ipoteca Le *cauzioni giudiziarie*, ordinate dal Codice di procedura, rappresentano sempre un certo stato o condizione di una lite che si viene svolgendo, e sono ordinate dal giudice. Il suo decreto tien luogo della disposizione della legge. *Idoneità* è concetto particolarmente correlativo alle cauzioni fideiussorie o pignoratizie quelle che consistono *in deposito di somme e valori* si provano da sè Ordinariamente il giudice non fa che imporre la cauzione, e determina la somma È di natura che prestasi sempre *judicis imperio;* ma si evita una seconda decisione che riguarda *la idoneità* se la cauzione è accettata.

3. *Del termine a proporre, accettare o rifiutare la cauzione.*

Si deve forse entro un termine di rigore proporre la cauzione, in un altro accettarla o rifiutarla? L'articolo 515 della procedura francese disponeva che la sentenza ordinante la

(1) *Cauzioni fondate nel Codice civile*, articoli 26, 497, 323, 975, 2104, 636, *nella Procedura*, art. 182, 363, 409, 617, 725, 724, 731, 750, 793, 922, 928, 929, 931, 940.

cauzione avrebbe fissato il termine a presentarla e quello ad accettarla o contraddirla. L'art. 613 della piemontese, attivata nel 1855, seguiva queste orme. La legislazione piemontese del 1859 soppresse la disposizione, e disse soltanto che quando si trattasse di oggetto di valore indeterminato, la sentenza che la prescrive fisserebbe la somma cui la cauzione dovrebbe estendersi. La nuova redazione si è sbottigliata anco di questa norma, certo l'ha creduta almeno superflua.

Si possono pensare diversi casi. 1° Che la legge stessa abbia fissato il termine, allora nel silenzio del giudice, la via è tracciata. 2° Che essendo nell'interesse della parte di presentare la cauzione, essa possa presentarla in qualunque termine anche senza previa specificazione del giudice. 3° Che l'adempimento in un termine designato sia condizione del l'esercizio di un diritto in confronto della opposizione della parte contraria. Il primo caso non ha mestieri di spiegazioni. Esempio del secondo puoi averlo nella facoltà che la legge attribuisce di liberarsi dall'*arresto personale mediante cauzione* (articolo 770). La cauzione allora si offre, si propone, si giustifica negli atti, è contraddetta o non è contraddetta, suscita o no un giudizio sulla sua idoneità. Similmente, se è ammessa esecuzione provvisoria di una sentenza con *cauzione* senza dichiarare la somma, la parte che si dispone ad eseguirla offre una cauzione e solleva o no un giudizio. Il giudice non interviene che apprezza il fatto della parte in contraddizione dell'altra, per approvarlo o condannarlo. L'obbligo della cauzione si porge sempre qual condizione dell'esercizio di un diritto, ma talvolta questo medesimo esercizio è controverso, oppugnato, la sua discussione è incidente in un giudizio principale. Urge in tal caso assegnare un termine per non lasciare a lungo sospeso il giudizio. Un deliberatario non vuol patire un giudizio di graduazione, vuol liberarsi dal pagamento degli interessi del prezzo prestando cauzione, il giudice lo ammette a presentarla e gl'impone un termine.

Egli è forse nella previsione di codeste varie contingenze che si è creduto meglio di non prescriver norma speciale. Opportuno avvertimento è quello che ci dà la relazione Pisanelli. « Non si è creduto opportuno di stabi- « lire che la sentenza, la quale ordina la cau- « zione, abbia a fissare il termine in cui deve « presentarsi. Vi sono molti casi nei quali non « occorre di fissare verun termine, se una sen- « tenza od un altro qualsiasi provvedimento « non è esecutivo che mediante cauzione, è « palese che la parte interessata a promuo- « verne la esecuzione sarà sollecita a presen- « tarla. Il suo interesse risponde della sua di- « ligenza. Negli altri casi la parte che domanda « all'altra di dar cauzione, proporrà essa me- « desima un termine per darla, in ogni caso « poi l'autorità giudiziaria che la ordina si « troverà indotta dalle circostanze a fissarvi « un termine ».

Resta a sapere se il rifiuto della cauzione debba farsi in un tempo determinato. La legge di procedura non ha voluto prescriverne alcuno, e neppure imporre al giudice di prescriverlo. Ha lasciato il campo franco un po' troppo. Qui si rileva la imperfezione dell'articolo 329. Suppone che la *idoneità della cauzione non sia stata contraddetta*. È forse il giorno dopo la presentazione che può dirsi non essere stata contraddetta onde procedere alla esecuzione? O se una competente comodità dev essere accordata all'altra parte per esaminare e riflettere, sarà in arbitrio di colui che offerse la cauzione il darne la misura? Se i giorni scorrono senza veruna determinazione dell'altra parte, ben si dovrà, io credo, farle assegnare un termine a decidersi, ovvero invocare dall'autorità giudiziaria una dichiarazione d'idoneità. E questo è il secondo caso dell'articolo. Sennonchè dalla notificazione della sentenza dovrà passare il termine dell'appello, tosto che la esecuzione provvisoria non sia stata ordinata.

Giova avvertire, essere statuito nella giurisprudenza che nel giudizio d'idoneità il fideiussore non prende parte (Dalloz, *Cautionnement*, n° 403, Borbe, num. 29, Thomine all'art. 520, Chauveau in Carré, q. 1827, ecc.).

4. *Se, dichiarata non idonea la cauzione, si possa chiedere un nuovo termine per supplire al difetto o proporne un'altra.*

Ritenuto che *la decadenza non è statuita*, arride agli autori la conclusione più mite (Pigeau, tom. II, pag. 8, Chauveau in Carré, quest. 1833, Scialoja, *Commentario del Codice sardo*, tom. V, part. I, pag. 19). Facoltà del giudice è questa da regolarsi secondo le circostanze. Duro invero sarebbe che trattandosi di cauzione incompleta non si potesse supplire con migliori giustificazioni e più larghe proposte.

5. *Della forma dell'atto di cauzione.*

« La cauzione (diceva l'articolo 652 della « procedura ora cessata) sarà proposta con atto « notificato alla parte contraria, contenente « diffidamento del deposito già eseguito nella « segreteria, dei documenti comprovanti l'ido- « neità della cauzione ed offerta della loro co-

« municazione, salvo il caso in cui la legge « non esiga che tale idoneità sia comprovata « con documenti » (se il fideiussore sia di notoria solvibilità). L'articolo, seguitando, imponeva un termine di dieci giorni, salvo che uno diverso non ne avesse statuito il tribunale a dichiarare l'accettazione o il rifiuto. Perchè mai questa disposizione si è lasciata nell'oblio? È ben giusto tuttavia, e non potrà trascurarsi l'intimazione per atto di usciere della cauzione prestata, la offerta per la comunicazione dei documenti, e così diremo parlando *dell'atto di sottomissione*.

6. *Questo atto sarà esecutivo* Per sè, o vorrà esser munito dell'ordine esecutivo? La questione è stata fatta e parve si propendesse nel secondo avviso. La nostra legge tronca la questione (art. 554, nº 2 — sono titoli esecutivi *le ordinanze e gli atti ai quali sia dalla legge attribuito il carattere esecutivo*.

7. Il quale titolo esecutivo si estende anche *all'arresto personale, se vi è luogo, senza che sia necessaria alcuna sentenza*.

Precedenti storici — a) L'articolo 2060, nº 5, del Codice civile francese fra coloro che erano soggetti all'arresto personale, annovera « i *fideiussori giudiziari* e i fideiussori dei de« bitori che possono esser costretti al paga« mento coll'arresto personale, *quando però* « *tali fideiussori siansi a ciò sottoposti* ». La poco felice redazione dell'articolo suscitò delle questioni. Alcuni ritennero (fra questi Pigeau e Delvincourt) che i fideiussori giudiziari, non meno degli altri, potessero andar esenti dall'arresto personale, da essi dipendendo il sottoporvisi: tal essere il costrutto, il senso e il rapporto statuiti fra i due ordini di fideiussori in quel testo. Altri da simile intendimento dissentivano. Due sono per essi e distinte le categorie dei fideiussori, e si riferivano anche allo stato della legislazione anteriore al Codice, nel quale i fideiussori giudiziari erano sempre passibili dell'arresto personale. In questo proposito disse Pothier *Della procedura*, part. IV, cap. I, articolo 4) « Un « garante giudiziale) può esser ricusato... se « non ha le qualità volute per potersi obbli« gare, come se è un minore, o *per soffrire* « *l'arresto personale*, come se è una donna, un « sacerdote, ecc. ». Non lieve forza aggiunge a quest'opinione l'art. 2040 « Trattandosi di « una sicurtà giudiziaria, il mallevadore deve « inoltre esser tale da potersi personalmente « arrestare ». Laonde, secondo il Thomine, *ogni fideiussore giudiziario è soggetto all'arresto personale*. Alla qualità della fideiussione giudiziaria, alla gravità di un impegno assunto innanzi alla maestà della giustizia, pareva attaccarsi una sì fiera responsabilità. Questa dottrina è fortemente scolpita nel seguente passo del Démiau-Crouzilhac « Cette « soumission, d'après l'article 519, est exécu« toire *par elle même (ipso jure)*, sans qu'il « soit nécessaire d'avoir un jugement, il est « exécutoire même pour la contrainte par « corps, *lorsqu'il y a lieu, c'est-à-dire s'il s'agit* « *d'un cautionnement judiciaire, parceque la* « *contrainte personnelle y est spécialement at*« *tachée*, ou lorsqu'il s'agit d'un cautionne« ment conventionnel *pour une obligation por*« *tant elle-même contrainte*, ou lorsqu'il est « ainsi convenu par les parties pour un objet « à l'égard duquel il est permis de stipuler « cette contrainte ».

Adunque i fideiussori convenzionali possono essere o non essere sottoposti all'arresto personale secondo la natura del debito per cui guarentito. I fideiussori giudiziari lo sono sempre: lo sono eziandio senza espressamente dichiararlo, lo sono per conseguenza dell'obbligo giudiziale, purchè non appartengano a quella classe di persone che non possono esserne colpiti. Questo è il sistema francese.

b) Il nostro art. 329 non si spiega da sè meglio di quello che si facesse l'articolo 519 del Codice francese, o l'articolo 623 dell'ultimo Codice sardo. Bisogna avvicinarvi altre nozioni d'ordine superiore. Si è veduto l'articolo 519 prendere qualità e ricevere la sua illustrazione necessaria da quella legge del Codice civile che stabiliva l'estensione degli obblighi di un fideiussore giudiziario. La legislazione piemontese fu diversa: il fideiussore giudiziario non venne più contemplato nel triste elenco di coloro che soggiacevano a questa obbligazione del carcere: il fideiussore non vi fu soggetto se non a due copulative condizioni: *che si trattasse di un debitore soggetto pel suo debito all'arresto personale, e vi si fosse egli stesso, il fideiussore, espressamente sottoposto* (articolo 2160, nº 6, del Codice albertino). Il rispetto della libertà individuale aveva ricevuto un omaggio da quel Codice sì poco liberale. Quanto la nuova legislazione italiana siasi spinta più avanti in questa via, quanto l'odioso rimedio sia economizzato e ridotto, direi quasi, alle proporzioni di una vera pena, ognuno può vederlo nel Titolo XXVII del Libro III del Codice civile. La procedura civile non ha veruna disposizione estensiva, l'articolo 915 non è che una delle applicazioni dell'articolo 2094, num. 3 del Codice civile. L'arresto personale rimane, in commercio, come un potente ausiliario del credito (articolo 727 e seguenti del

Codice di commercio). I promettitori d'avallo, i fideiussori solidali, potranno o dovranno rispondere anche con arresto personale; ciò è della natura del debito commerciale, del resto negli ordini civili non s'incontra, come or ora osservai, che la obbligazione dell'arresto personale sia giammai imposta ad un fideiussore che non l'abbia espressamente imposta a se stesso.

Ma questo poco ci riguarda: è da sapere *se l'arresto sia annesso come conseguente della cauzione giudiziaria data nella propria persona*, e l'escluderlo è facile e perentorio.

Qual senso pertanto attribuire al capoverso dell'articolo? Il pensiero che vi domina è che *l'atto di sottomissione è pure esecutivo* nelle sue più gravi conseguenze di un arresto personale: si va regolarmente in prigione con quel solo titolo, e non c'è bisogno d'altro. Ad una condizione però: *se ci è luogo*. Vi è luogo se il debito principale fosse compreso in una delle tre categorie dell'articolo 2091 del Codice civile, o si trattasse di debito commerciale, *e a questo effetto si obbligasse il fideiussore nell'atto di sottomissione*. Chè solo non varrebbe se l'obbligo principale, che è la base e la misura del fideiussorio, non esponesse all'arresto personale lo stesso debitore principale (articolo 1900 del Codice civile).

Articolo 330.

La cauzione può darsi anche depositando nella cancelleria danaro o rendite sul debito pubblico dello Stato, al portatore, al valore nominale.

Quando il valore nominale sia superiore al valore di borsa, si fa nella cauzione l'aumento concordato dalle parti, o, in difetto, stabilito dall'autorità giudiziaria.

Il cancelliere fa processo verbale del deposito.

Annotazioni.

Questa disposizione corrisponde all'art. 1922 del Codice civile, che si estende altresì al pegno e alla ipoteca.

Articolo 331.

Quando il domicilio, o la residenza, o dimora delle parti o del fideiussore sia distante dal luogo del giudizio, l'autorità giudiziaria può delegare il cancelliere della pretura per ricevere la cauzione, o richiedere per quest'oggetto un'altra autorità giudiziaria a norma dell'articolo 208.

SEZIONE VII.

Della interruzione e della cessazione del procedimento.

§ 1

Delle cause che danno luogo alla riassunzione d'istanza o alla costituzione di nuovi procuratori.

Articolo 332.

La citazione dev'essere rinnovata quando prima della scadenza del termine per comparire avvenga la morte o il cangiamento di stato di una delle parti, o la cessazione dell'ufficio per cui doveva comparire in giudizio, ed essa non abbia

precedentemente nominato un procuratore, o il nominato non siasi costituito o non si costituisca in causa.

Articolo 333.

La parte deve essere citata per la continuazione del giudizio, se dopo la costituzione dei procuratori, ma prima che la causa sia in istato di essere giudicata, sia notificato alcuno dei casi indicati nell'articolo precedente.

Articolo 334.

La parte dev'essere parimente citata, se, durante il giudizio, ma prima che la causa sia in istato di essere giudicata, avvenga la morte, la cessazione dall'esercizio, la sospensione o l'interdizione di uno dei procuratori costituiti, ancorchè in tali casi non siano stati notificati.

Annotazioni.

1. *Del sistema.* Rappresentando questi tre articoli un sistema e un solo concetto nei suoi aspetti vari dominando, il riunirli in un solo esame contribuirà a meglio rilevarne lo spirito.

La persona del litigante. Ecco uno dei temi che più vivamente interessano il legislatore della procedura. I diritti sono perchè ci sono le persone, ossia perchè hanno un soggetto in cui s'incarnano, un soggetto che ne ha coscienza. *Sotto questo aspetto i diritti sono un modo di essere dello spirito umano.* Fra due parti che credono di avere un diritto e lo sostengono, una deve ingannarsi e viene un momento che la coscienza del diritto non basta più; la giustizia si fa rispondere che quella è un'illusione del vostro spirito. Ma finchè pende il giudizio, il diritto opinato si considera come legittimo, e ne finisce il sacro e dovunque rispettato diritto della difesa, che è il mezzo di rappresentarlo e farlo valere avanti la giustizia. La relazione della persona col diritto costituisce la legittimità contenziosa, la facoltà di difenderlo e la competenza di giudicarlo. Essendo questa la condizione essenziale dei giudizi, dev'essere permanente, ma noi siamo nel dominio degli eventi: ciò che fu bene istaurato, e forse condotto molto innanzi, è spinto per la forza delle cose in una condizione anormale e non più rispondente all'ordine statuito. La procedura ha dovuto riflettervi e pensare a ricostituire lo stato normale. Ecco la materia dei tre articoli. Essa ha incontrato un limite nella posizione stessa del giudizio, o, a meglio dire, ha lasciato passare il nuovo stato quando vide che al punto a cui si era giunti, il mutamento tornava innocuo. Ciò è naturale, ed è ciò che si dichiara nell'articolo 335.

Il cangiamento di stato, durante la lite, può verificarsi nella persona di una delle parti, o nella persona del procuratore. Può verificarsi in diversi stadi della lite, e quanto alla parte, prima o dopo la costituzione del procuratore. Se prima, e correndo il termine della citazione introduttiva, o la mutazione avvenga nella persona dell'attore o del convenuto, si rifà la citazione (articolo 332). Mancato il mandante, e il mandatario non avendo assunto l'ufficio, *res est integra*. Se il cangiamento avviene in corso di lite, e *la causa non sia in istato di essere giudicata*, si riassume con una citazione alla parte che entra novellamente o alla persona che succede a rappresentarla (articolo 333). Se manca la persona del procuratore, provvede l'articolo 334. Tutto questo è esposto con semplicità e chiarezza nuova, ignota agli altri Codici.

2. Oltreciò qualche variazione di sostanza è stata introdotta, e qui chiamo a confronto le legislazioni che ci trascorsero innanzi, perchè la variazione, comunque assai notevole ed importante, anche in ordine al diritto superiore, può facilmente sfuggire fra le pieghe, dirò così, di una redazione apparentemente poco dissimile.

Per quattro cause è possibile la *interruzione d'istanza*: 1° il cangiamento di stato di una delle parti, 2° la cessazione dell'ufficio che sostenevano o rappresentavano, ossia delle qualità nelle quali comparivano in giudizio, 3° la morte, 4° la mancanza della persona del procuratore costituito, per una causa qualunque. Più avanti darò qualche spiegazione di alcuna di codeste fasi.

Secondo l'antica ordinanza del 1667 ognuna di queste quattro cause era interruttiva di istanza. L'istituto subì una forte restrizione col Codice di procedura. Le cause propriamente interruttive entro il limite stabilito, rap-

porto allo stato del processo, furono la morte di una delle parti, notificata che fosse, e la cessazione dell'ufficio di procuratore: quelle di *cangiamento di stato* o di *qualità di una delle parti* non recavano alterazione al corso del processo se l'evento non si fosse verificato nell'esordio della lite e avanti la costituzione del procuratore.

Questo sistema passò nelle altre procedure, con quanto esame e ponderazione non saprei dirlo. Il novello Codice ha cominciato dal riformare il metodo letterario della rubrica, e metter le idee al loro posto. Il concetto negativo diede luogo al positivo, si distinsero le cause della interruzione, si avvisò al modo della riassunzione, indi si pose il limite contro il quale quelle cause cessavano di operare. Secondo gli altri codici, *il cangiamento di stato di una delle parti o la cessazione dell'ufficio* non interrompeva il corso della procedura dopo la *costituzione del procuratore* fatta da quella parte. Evidentemente questi casi erano considerati di una gravità affatto secondaria. S'intende che la morte, che *omnia solvit*, rendesse necessaria in qualunque tempo utile la riassunzione del giudizio in confronto del nuovo personaggio che veniva a collocarsi nel luogo del defunto; ma se la vedova che stava in causa passasse a seconde nozze, se il minore, correndo la lite, diventasse maggiore, pareva non meritasse il pregio di una citazione riassuntiva.

Avevano torto, io credo, quei codici. La persona che si modifica nei suoi rapporti essenziali col diritto onde la sua capacità si misura, non è più identica; nuove relazioni, forse un diverso modo di apprezzare le cose, forse nuovi disegni. Un vero e reale interesse posposto a quello di una celerità male intesa, perchè dannosa. Il minore divenuto maggiore, abbandonato dal tutore, entra in causa, probabilmente non istrutto, e un respiro per esaminare le cose gli è necessario. Se una delle parti che stanno in giudizio con pieno diritto è colpita d'incapacità, perchè non darete al curatore un certo tempo per apprendere almeno di che si tratta? Il Codice ha lodevolmente ampliato il diritto della difesa. Inoltre ha giovato all'ordine dei giudizi onde le parti si veggano a fronte nelle condizioni e nelle qualità di cui sono rivestite e non in una cappa nera, sia aperto se le nuove qualità sono riconosciute o contestate, sia prestabilita la direzione degli atti personali che fossero da farsi.

3. In effetto la legge non accorda altro tempo che quello che occorre a far giungere una citazione. Richiede la notificazione del cangiamento, e tengo certo doversi indicare la persona che succede nel giudizio, se sia il caso, e a questo solo patto essere obbligata l'altra parte ad arrestarsi e riassumere la causa con una nuova citazione. Solo cadendo il cangiamento nella persona del procuratore, si è trovato inutile darne avviso, perchè, come si esprime Boitard: « de pareils incidents sont « trop connus au Palais pour que l'un des offi- « ciers ministériels puisse en prétendre igno- « rance ».

4. Gli atti che si facessero contro questa disposizione inibitiva *sarebbero nulli*. Ciò era detto espressamente nell'articolo 439 dell'ultimo Codice sardo. Inutile il ripeterlo, perchè noi viviamo nel principio che ogni nullità dev'essere dichiarata dalla legge (articolo 56). Può rispondersi che qui si tratterebbe di *mancanza di citazione*, senza la quale niun giudizio è valido. Malgrado questa risposta, che è sicura, qualche difficoltà può presentarsi.

a) *Gli atti non spontanei ma necessari sarebbero ugualmente nulli?* Se la notificazione del cangiamento di stato di una parte viene fatta mentre sta per spirare un termine perentorio ad eseguire un atto della procedura, dovrà tuttavia quell'atto sospendersi, e così si dica di ogni atto cautatorio, come di un sequestro più o meno urgente, di una produzione di documenti o della esibizione di un conto in un termine già prefisso? Io credo che non solamente gli atti cautatorii, che non ammettono dilazione, ma neppur quelli che tengono puramente a difesa, cadano sotto la inibizione, ritengo che il procuratore in contrario costituito non sia privato della sua qualità per la comunicazione degli atti indispensabili, o che non possano differirsi senza pericolo. Mancato il procuratore, la notifica si farebbe alla parte.

b) *Che dire degli atti di giudice?* Vi è un punto determinato dalla legge, nel quale il caso di morte o di cangiamento di stato non è più osservabile, *allorchè la causa trovasi in istato di essere giudicata* (articolo 335). Ma prima di quel punto l'evento potrebbe manifestarsi in prossimità di una decisione che sta per pronunciarsi, poniamo in controversia incidentale. Deve sospendersi la pronunzia? La sentenza sarebbe nulla? Basti di aver posta la questione cui risponderò nella chiusa del seguente articolo, al quale appartiene.

c) *Se la parte che ha subìto il cangiamento di stato continua la causa senza aspettare il termine della citazione, non sarà così valido il giudizio?* L'affermativa è evidente; è l'effetto indisputabile del contratto giudiziale.

d) *Qual via tenere per far dichiarare la*

nullità degli atti? Tace la legge nostra, come tacque la francese, permettendo questioni variamente risolute da Carré, Favard de Langlade, Pigeau, Chauveau, e dagli stessi tribunali. A me sembra molto semplice, che se fra gli atti che crediamo nulli ci sono delle sentenze, da queste si appella ove si possa, o si ricorre in cassazione. Se il giudizio continua, è avanti gli stessi giudici che si domanda la nullità: questa è pure l'opinione del Pigeau nel Commentaire, tom. I, pag. 627.

Articolo 335.

Quando la causa trovisi in istato di essere giudicata, non è necessaria per la decisione di essa la citazione per riassunzione d'istanza, o per costituzione di nuovo procuratore.

La causa è in istato di essere giudicata quando sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, e, nei procedimenti sommari, quando la relazione all'udienza sia cominciata.

Annotazioni.

La prima parte dell'articolo 335 accenna evidentemente alle cause formali, ed ha riscontro nel paragrafo 3° dell'articolo 174. Da quel punto corre un intervallo abbastanza notevole alla decisione. Gli articoli successivi ci mostrano il cammino che deve ancora fare la procedura. Nel tempo in cui la causa è iscritta nel ruolo, si scambiano le comparse conclusionali, nelle quali si racchiude il sostanziale e più importante delle difese, anzi può dirsi che la causa veramente si difende nelle comparse conclusionali. Dopo un certo tempo non bene definito (dipendendo dalla quantità degli affari che il tribunale deve decidere) la causa si estrae dal ruolo, altri termini, indi la discussione alla udienza e la decisione (articoli 179, 180).

Quando adunque la causa formale è *in istato di esser decisa*, giusta l'articolo 335 non occorre di riassumere la istanza con citazione della parte, quantunque la palestra della difesa non sia ancora chiusa, ed anzi molto ancora rimanga ad operare e discutere prima della decisione. Intanto l'articolo 335 abbraccia tutti i casi rilevati nei tre articoli precedenti. Se trattisi che la *parte* sia mancata, o abbia cangiato di stato (casi che si parificano a questo effetto) può comprendersi che non sia gran danno il proseguire la causa restando in presenza il procuratore pronto alla difesa e in possesso del suo mandato. Si direbbe che il procuratore è divenuto *dominus litis*, per effetto delle circostanze, potrà essere revocato, ma nel silenzio della parte che succede, sarà giuridico argomentare la conferma del suo stesso mandato. Più grave è il caso quando il cangiamento sia caduto sulla persona del procuratore, e la causa rimane indifesa. Tuttavia è da considerare che se alla parte contraria è data la facoltà (che si esprime in quella parola *non essere necessario*) di portare al suo termine la lite già pervenuta a maturità, non è punto impedito a quella delle parti che rimane scoperta di procuratore, di costituire un nuovo procuratore. E lo farà senza dubbio, esigendolo il suo stesso interesse, sapendo di essere esposta ai colpi dell'avversario, e di non avere neppure diritto di esser notificata di quegli atti che dovrebbero notificarsi al procuratore se fosse ancora in vita o nell'esercizio delle sue funzioni.

Qui però si presenta un caso meritevole di osservazione.

L'articolo 175 permette dopo la iscrizione definitiva del ruolo di deferire il giuramento decisorio. La istanza deve farsi con citazione, e mancando il procuratore, sarà d'uopo citare la parte. Alla parte dovrà notificarsi la ordinanza o sentenza che stabilisce il giorno in cui il giuramento dev'essere prestato (art. 222). Siamo venuti a un punto in cui la riassunzione mediante atto di parte diventa necessità. La situazione della causa è mutata. La chiusura del ruolo è infranta, per così esprimermi, la causa è entrata in una nuova fase, e quasi risospinta nel suo corso ordinario. Dopo la prestazione del giuramento dovrà farsi una nuova iscrizione in ruolo, avranno luogo nuove difese sul merito e sugli effetti del giuramento prestato.

Articolo 336.

La citazione per la riassunzione d'istanza, o per la costituzione di un nuovo procuratore, è fatta nei modi e coi termini stabiliti nel titolo III di questo Libro.

Nella citazione si enunciano i nomi e cognomi dei procuratori già costituiti in causa.

Se la parte contro cui si riassume l'istanza ha procuratore costituito nel giudizio, l'istanza è riassunta con comparsa notificata al procuratore.

Annotazioni.

Siamo ammoniti che la *riassunzione d'istanza* si eseguisce con una citazione che dovrà contenere tutti i requisiti dell'art. 134. E se la *morte*, il *cangiamento di stato della persona*, ecc., avvenga *in principio di lite e prima che sia costituito procuratore*, la citazione sarà rinnovata in tutta la precisione del vocabolo stando ad ogni effetto in luogo della prima.

Quando il procuratore venne già costituito e il giudizio è in corso, esso è riassunto per la *continuazione*. Validi tutti gli atti antecedenti fino alla notificazione della morte o del cangiamento di stato, dal punto della notificazione sparisce la parte, spira il mandato del procuratore, tolto il caso che la lite sia matura alla decisione (articolo 335). È pertanto una citazione nuova che deve portare gli stessi termini della prima, e dà luogo a una nuova costituzione di procuratore. I termini riguardanti il rito della procedura rimangono sospesi, e quanto alla ripresa dei termini convien distinguere.

Se i termini interrotti erano attribuiti allo stesso procuratore all'effetto di proporre le sue difese, non dovranno contarsi i giorni trascorsi, non dovendosi presentare un periodo di tempo tronco e spezzato. Supponiamo che la causa avesse dovuto riassumersi pendente un termine a preparare una risposta a contraria difesa (articoli 164, 165, 171, 176), il nuovo procuratore (fosse pure l'antico, essendo cangiate le circostanze) deve godere di tutto il termine, e non di una parte soltanto. Ma se non riguarda che il rito della procedura (ad esempio quello in cui deve compiersi un esame di testimoni), il termine sospeso sui venti giorni, suppongo, riprenderà di diritto il suo corso per compiere i trenta giorni dal momento che il procuratore dell'altra parte siasi costituito, o sia dichiarata la di lei contumacia.

Se trattasi della notificazione di una ordinanza o sentenza fatta al procuratore precedente, il decorso dei termini avrà luogo nella prima maniera anzichè nella seconda per una ragione consimile, e parmi consigliato dalla stessa equità. È quello un tempo proficuo a studiare i rimedi quando la ordinanza o la sentenza sia appellabile, o a preparare i mezzi alla prosecuzione del giudizio. Un brusco, per così dire, interrompimento di termini può esser funesto. Supponiamo che il termine ad appellare sia dieci giorni. Otto erano già trascorsi, e il procuratore costituito aveva pronti i suoi mezzi per interporre l'appello in uno dei due che restavano di vantaggio. Al nuovo procuratore non resterebbero che questi due giorni. Non dico però che la notificazione debba rinnovarsi, ma dico che rispetto al decorrimento del termine deve ritenersi come eseguita al nuovo procuratore al momento del suo ingresso.

Se viene a mancare il procuratore, secondo la ipotesi dell'articolo 334, la parte viene citata all'effetto di costituire nuovo procuratore, e non facendolo, di essere giudicata in contumacia, e a più forza, riguardo al nuovo procuratore hanno ragione di essere le premesse osservazioni.

Articolo 337.

Quando la parte citata per riassumere l'istanza o per costituire nuovo procuratore non comparisca, la causa si prosegue in sua contumacia.

Annotazioni.

1. *Interruzione d'istanza* non accade mai in giudizio contumaciale nel quale non possono aver luogo le notificazioni preordinate in questo titolo. Ma la parte che si batteva in giudizio contraddittorio può cadere in istato di contumacia. Qui è il uopo fermarsi un momento a vedere se in questa specialità siano osservabili quelle larghe forme, e praticabili quel lusso, direi così, di cautele di cui la legge circonda la contumacia. Il Codice di procedura francese, da cui riconosciamo questo sistema con qualche miglioramento recente, ha una espressione che può dirsi decisiva nell'articolo 349: « Si à l'expiration du délai, la

« partie assignée en reprise ou en constitution « ne comparait pas, il sera rendu jugement « qui tiendra la cause pour reprise, et ordonnera qu'il sera procédé *suivants les derniers « errements* (1) *et sans qu'il puisse y avoir « d'autres delais que ceux qui restaient à courir* ». Il Codice di procedura sardo del 1854 aveva rilevato lo stesso concetto, con frasi però meno barbare. « si *proseguirà in di lei contumacia* della parte citata per la ripresa d'istanza o per la costituzione di un nuovo procuratore) *la causa, partendo dal punto in cui questa trovavasi al tempo dell'avvenuta sospensione*. Piacque all'articolo 441 dell'ultimo Codice sardo riprodurre le parole ora l'articolo 337, che appare più semplicemente redatto, ha deposto il concetto del termine, e trattasi di vedere se vi sia implicitamente contenuto.

Ho ragione di credere vi sia contenuto, attese quelle parole *la causa si* PROSEG. E *in sua contumacia*. La *interruzione* è un vantaggio, qualunque sia, accordato alla difesa del sopravvenuto; l'attore non avrà interesse per abusarne, ma il convenuto può averlo. Ripugna il pensare che essendo una volta comparso, benchè in altra qualità o nella persona del suo autore, possa ora reclamare la posizione del contumace nel senso generale della parola, e cangiare incongruamente e stranamente l'ordine di procedere. Questo è già fermo nella giurisprudenza francese. Il Chauveau dice non aver mai creduto « devoir comprendre la reprise d'instance dans le cas où l'approbation « de l'article 153 est nécessaire », ed infine essere *una procedura particolare* appropriata a questa combinazione eccezionale (in Carré, quest. 1292). Giusto è ancora che il non comparso senta la conseguenza di una mancanza imputabile, rivolta, come si vede, a procrastinare un giudizio che procede nel suo corso regolare, e sta bene, che se non vuole difendersi, si giudichi senza difesa. Non aspetti adunque le comode assegnazioni degli articoli 381 e segg., che nel giorno stesso in cui la causa è chiamata all'udienza potrà esser decisa.

A questa medesima stregua deve risolversi il caso che di più chiamati, per es. più eredi, taluno comparisca ed altri no; e dovrà escludersi l'applicazione del capoverso dell'articolo 382, e ogni altra relativa come parve saggiamente al Carré ed al Chauveau di dovere escludere *le profit de défaut* (detta questione 1292) che non avrebbe più ragione di essere, mentre noi supponiamo già le parti regolarmente citate e già prima comparse, supponiamo il processo nel comune contesto condotto sino a quel punto, onde se una si presenti e costituisca procuratore e non l'altra, non saranno a temersi decisioni contraddittorie.

2. Vi è per altro una limitazione che scaturisce dalla posizione naturale dei contendenti, quella dell'art. 382, parte I. La citazione rinnovata in quel caso tien luogo effettivamente della prima, quindi se non fu ancora costituito procuratore, se cioè non si è comparsi ancora in giudizio, niente osta che uno si renda contumace, e gli siano applicate le disposizioni tutte della seguente sezione XII.

§ 2

Della perenzione d'istanza

Articolo 338.

Qualunque istanza è perenta se per il corso di anni tre non siasi fatto alcun atto di procedura.

L'istanza è altresì perenta quando non siasi chiesta la dichiarazione di contumacia nel termine stabilito dall'articolo 383.

(1) La traduzione autentica italiana del Codice di procedura civile italiano leggeva . *colla quale (sentenza) viene ordinato che si debba continuare sulle ulteriori tracce, senz'altri termini che quelli che restavano a decorrere*. — *Errement* significa l'ultimo stato della procedura. Così il Carré in una nota a questo Titolo, soggiungendo « Ainsi procéder *suivant les derniers errements*, c'est proceder dans « l'état où se trouvait l'istance au moment de son « interruption, et à partir conséquemment du dernier acte de la procédure ».

Annotazioni

1. **Precedenti storici.** — La soverchia estensione delle liti mosse i legislatori antichi a circoscriverne la durata. Le *judicia legitima*, ricordati da Cajus nel *Commentario*, § 104, dappoima illustrati, vennero dalla Legge Giulia ristretti allo spazio di mesi diciotto (Bonjean, *Des actions*). Per converso il *judicium imperio continens* fuori del raggio di Roma, nelle provincie, durava *quamdiu is qui eo percepit imperium habebat* (Cajus, *Comment.*, § 105). Un limite anche questo ma incerto, e talora sì breve che ai magistrati non restava tempo per compiere l'ufficio. Cessata la procedura formularia e l'*ordo judiciorum*, nuovi ordinamenti a limitare il corso delle liti si vennero succedendo, testimonio in più luoghi il Codice Teodosiano. Giustiniano detto nell'anno 530 la sua famosa costituzione (*Properandum nobis visum est ne lites fiant pene immortales et vitae humanae modum excedant*), e ingiunse che ogni lite civile, sopra qualsiasi negozio, nel termine di tre anni dovesse aver fine, col riguardo dovuto a quelle infinite previsioni e precauzioni che a lui piacquero. Ma era quella una vera *prescrizione dell'azione*, istituto del tutto diverso dal presente d'origine francese. È fra i più gravi doveri del legislatore preordinare in guisa gli eventi del processo da occupare il minor tempo possibile, ma non potrebbe fare di più senza premere di troppo sulla libertà, mettere in pericolo i più grandi interessi della giustizia. Soltanto egli può dominare sino a un certo punto la successione degli atti, non col limitarli, non coll'affrettarli, che fu vizio delle vetuste istituzioni, ma col attribuire un senso alla *diuturna discontinuata* del processo, e inferirne il volontario abbandono della procedura. Onde nacque l'istituto della *perenzione d'istanza*, che nella ordinanza del 1539 e in quella successiva di Carlo IX, detta di Roussillon, ottenne quella forma che ha poi sempre mantenuta in ordine all'oggetto, non avendo quella di Luigi XIII nel 1629 fatto altra cosa che render comune la legge a tutti i paesi di Francia.

2. *Dei caratteri della perenzione d'istanza.* Lo scopo del legislatore è manifesto e non occorre disputarne. Ciò che praticamente importa è distinguere questa istituzione dalle altre che per una certa affinità vi si accostano e potrebbero anche confondersi. Giova dunque osservarla nei suoi rapporti negativi.

La perenzione d'istanza partecipa della prescrizione in quanto ritrae la sua ragione dalla inerzia e dal tempo; ma non è propriamente *prescrizione*, la quale, considerata nel suo duplice aspetto di acquisitiva o liberatoria, ha sempre per termine la costituzione di un diritto perfezionato dall'opera del tempo. La perenzione è distruttiva, meramente distruttiva, dissolve il giudizio e fa che non abbia mai avuto esistenza.

La perenzione d'istanza, che ha uno dei suoi fondamenti nel presunto abbandono della lite, sembra fraternizzare colla *rinuncia*, che però come cosa distinta, viene considerata e regolata dal seguente § 1, articoli 343 e seg. La rinuncia, oltre il potersi fare in qualunque tempo, è un atto specifico e positivo della volontà particolare, la perenzione è un ordinamento del legislatore che da quello stato di cose deduce conseguenze che trova utili all'interesse generale.

3. Si dice *istanza* e non *giudizio*. Basta perciò che vi sia una citazione notificata alla parte, presentata al giudice, non è mestieri di successiva contestazione, come in alcuni luoghi della Francia era costume. La istanza che non ha un carattere giudiziale, che cioè non ha *per proprio oggetto la decisione di una contesa avanti un giudice*, qualunque sia, non è compresa, per consenso generale degli autori, nel sistema della perenzione (Carré, quest. 1449, 6; Boitard, Merlin, *Répert.*, v° *Péremption*, Reynaud, Pigeau, *Comment.*, t. 1, pag. 667), tale sarebbe una domanda in conciliazione. Tali sarebbero pur anche gli atti di esecuzione, se non che leggi speciali gli assoggettano a perenzioni anche più brevi.

4. Quanto alla *generalità della disposizione*, negando taluno la sua applicabilità alle liti commerciali, non è più lecito dubitarne, solo bisogna ritenere che non ha luogo in giudizio di arbitri, regolato da particolari ordinamenti.

5. *Del primo e dell'ultimo giorno del termine.* Quantunque la *perenzione* si differenzi dalla *prescrizione* per le ragioni dette, la misura elementare del tempo dee conformarsi a quella che il Codice civile statuisce per la prescrizione con cui ha comune l'estensione annale, onde non può ricever norma dai termini che occorrono nello svolgersi del giudizio. Anche gli scrittori francesi trovano la regola nell'articolo 2260 del loro Codice civile. Seguiremo quindi le disposizioni seguenti: « La prescrizione si computa a giorni interi e non ad ore » (articolo 2133). « La prescrizione si compie nell'ultimo giorno del termine » (articolo 2134). Il giorno in cui è segnato un atto di procedura è certamente fuori del termine,

nuovo. Se nel termine dei 60 giorni *non è domandata la dichiarazione di contumacia*, vi è perenzione d'istanza, la quale, come ben si ravvisa, non è fondata *in prolixitate temporis*. ma nell'inadempimento di una disposizione diretta a definire lo stato imbarazzante della contumacia, ed è una *perenzione speciale alla procedura di contumacia*.

Articolo 339.

La perenzione ha luogo anche contro lo Stato, gli istituti pubblici, i minori, e qualunque altra persona che non abbia la libera amministrazione de' suoi beni, salvo il regresso contro gli amministratori.

Annotazioni.

L'articolo 398 del Codice di procedura civile francese nella sostanza è lo stesso, ma parlando dei minori, il Chauveau sostiene doversi eccettuare quelli che non furono provveduti di tutori (In Carré, quest. 1433), questione che non era nuova. Il Dalloz la confuta vittoriosamente ai numeri 72, 73, 74 del *Répertoire génér.*, v° *Péremption*, ai quali mi rimetto.

Articolo 340.

La perenzione si opera di diritto.

Quando voglia continuarsi l'istanza scaduto il termine, chi intende approfittare della perenzione deve proporla espressamente prima d'ogni altra difesa, altrimenti si ritiene che vi abbia rinunziato.

Annotazioni

1. « Il Codice francese informandosi alle « consuetudini di alcune di quelle provincie, « secondo le quali la perenzione non aveva « luogo di diritto, rendette necessaria una do« manda formale della parte interessata fin« chè non viene proposta questa domanda, la « perenzione potrà, anche dopo i tre anni di « abbandono del giudizio, essere esclusa da un « atto della procedura. — Ne segue, che nel « sistema del Codice francese è sempre ne« cessario un nuovo procedimento che può « percorrere tutti i gradi della giurisdizione, « per ottenere che il primo sia dichiarato « estinto. La perenzione di un procedimento « abbandonato non si acquista altrimenti che « col prezzo di un nuovo procedimento. Si « viene così a togliere alla perenzione il suo « vero carattere, quello cioè di una eccezione « perentoria che si oppone alla parte contra« ria, la quale volesse proseguire una istanza « che ha già finito il suo tempo. — Il pro« getto, seguendo pertanto il Codice ginevrino « ed il sardo, considera la perenzione come « un'istituzione perfettamente analoga alla « prescrizione » (analoga sì, non identica lo abbiamo visto al commento dell'articolo 338, come un diritto che si acquista in forza della legge). « Perchè sussista non è necessario chiedere al giudice una dichiarazione relativa, « ma, come avviene di qualunque altra ecce« zione, basta che venga opposta dalla parte « interessata » (*Relazione* Pisanelli).

Questa esposizione ha tutta la perspicuità desiderabile. Si tratta di una *eccezione nascente dalla legge*, e di una eccezione perentoria. Essa però *dev'esser proposta prima di ogni altra difesa* e ciò perchè altro è che la *perenzione operi di diritto*, ed altro è che si possa statuire d'ufficio, o ritenere irrenunziabile. Avverto a quella formula così assoluta, *prima di ogni altra difesa*. Non si aggiunse *di merito*, essendochè la stessa eccezione d'incompetenza *ratione materiæ* pregiudicherebbe quella della perenzione che è di assoluta e, direi, delicata priorità, mentre qualunque impulso a profferire giudizio implica la sussistenza della istanza.

2. *Se la perenzione sia indivisibile* L'argomento si piega all'esame. Colui che eccepisce la perenzione, e mai non fece atto, potrebbe sentirsi obbiettare che altri suoi consorti di lite fecero quanto basta per interromperne il corso.

Se trattasi di *oggetto indivisibile* la questione non potrebbe neppure proporsi: la giurisprudenza è così unanime su questo punto che torna superfluo ogni ragionamento. Può dubitarsi allora soltanto che l'oggetto sia divisibile

e separato il rapporto d'interesse, se, per es., fu domandata una somma, divisibile di sua natura, si potrebbe non trovare assurdo, che la lite rimasta intera per coloro che fecero qualche atto continuativo della procedura, contro i negligenti si dichiarasse perenta. In questa sentenza di fatti andava il Pigeau, *Comment.*, t. I, pag. 677 e seg.), autore degno di rispetto, al quale parve che la conclusione non fosse contraria a verun principio. In tempo più remoto la questione si presentò al parlamento di Tolosa, e una decisione del 5 marzo 1755, riferita da Rhodier nelle sue *Questioni sulla ordinanza del 1667*, aveva adottato non esser luogo a perenzione. Menelet, nel suo *Trattato delle perenzioni*, e il suo annotatore riportano decisioni simili di altri parlamenti, indi della Corte di Bruxelles del 5 ventoso, anno XII, tutte in tema di oggetto divisibile. Costituisce il Merlin, *Repertoire*, v° *Peremption*, quest. *de droit*, § vi, che anche dopo il Codice di procedura la controversia si rinnovò più volte, e la giurisprudenza *che esclude in ogni caso la perenzione parziale* cominciò a prevalere. Oggi la dottrina non ha più contradditori. Un gran numero di decisioni sono citate da Chauveau alla quest. 1427 in Carré e dal Dalloz.

Il primo ne dà una ragione convincente. Ecco le sue parole: « Pourquoi *confondre* « *l'action et ce qui en fait l'objet à l'instance,* « *qui n'en est que l'exercice?* On sent très- « bien que la divisibilité de la dette est in- « différente à la divisibilité de la procédure. « Quand il s'agit d'annuller une instance, la « loi ne s'occupe en aucune façon de la nature « de l'action, elle ne considère qu'une chose, « la nécessité de mettre un terme au procès, « elle ne veut pas qu'on éternise les procé- « dures par des lenteurs calculées, ou même « par négligence; et voilà pourquoi elle per- « met de les éteindre lorsqu'elles sont discon- « tinuées pendant un certain temps ».

Se la parte a cui favore si è verificata la perenzione d'istanza agisca regolarmente, promuovendo il giudizio onde far dichiarare l'avveramento della perenzione.

La questione, non immeritevole di ricordo, parve doversi decidere in senso affermativo ad una sentenza pretoriale, che può unirsi ad altre non meno commendevoli per ingegno e dottrina che si vanno producendo da questa onorevole magistratura, quantunque io non possa aderire alla conclusione (sentenza 12 giugno 1866 del pretore di Augusta, *La Legge*, 1867, num. 58).

Ammette la sentenza che la perenzione d'istanza assume nel nuovo Codice il *carattere di eccezione*, reputa nonostante che non sia tolto a chi è favorito da questo stato di cose la facoltà di chiedere al giudice la dichiarazione di perenzione, stimando che in più casi torni utile o necessario così adoperare, e quanto al sistema, ritiene che in questo modo egli ottenga più compiutamente il suo scopo. Se deve sempre attendersi, si dice, che la parte contraria si risvegli e voglia continuare la sua istanza, « una siffatta conseguenza farebbe « perdere tutto il pregio del sistema, perchè « ne trascinerebbe un altra, questa cioè che il « convenuto non potrebbe sottrarsi all'incubo « ed alle molestie di una lite, non potrebbe « conseguire un diritto attribuitogli da una « sentenza di prima istanza che sia stata ap- « pellata, molto più quando essa non sia prov- « visoriamente eseguibile, se non se a condi- « zione che faccia getto di un diritto per lui « acquisito, giacchè la perenzione si opera « di diritto, di far proseguire un'istanza che « ha già finito il suo tempo ».

E intanto l'egregio magistrato non aveva tralasciato di ricordare colle sue parole il concetto del ministro guardasigilli, il quale considerava come del maggior momento questo nuovo carattere della perenzione, *carattere negativo*, effetto che operandosi per ministero di legge, sembrava respingere con un intendimento *a priori* il fatto dell'uomo, onde non rinnovare gli inconvenienti che il legislatore si gloriava in certo modo di avere fiaccati. « La « domanda di perenzione poteva percorrere « tutti i gradi della giurisdizione per ottenere « che la prima sia dichiarata estinta, la pe- « renzione di un procedimento abbandonato « non si acquistava che col prezzo di un nuovo « procedimento, si veniva così *a togliere alla* « *perenzione il suo vero carattere*, quello cioè « di una eccezione perentoria che si oppone « alla parte contraria la quale volesse prose- « guire una istanza che ha già finito il suo « tempo ». Parole della relazione.

È bensì vero che una eccezione nascente dal diritto, generalmente parlando, è altresì proponibile con formula d'istanza da colui che ha interesse di far dichiarare il suo diritto, o intende di farne base all'esercizio di azioni che in questa ambigua condizione di cose troverebbero un ostacolo. Così chi ha l'*eccezione della cosa giudicata*, ha pure l'*actio judicati*, e chi può opporre la eccezione di prescrizione, può anche domandare al giudice che la contraria azione si dichiari prescritta al fine di preservarsi da future molestie e pericoli, meglio definire la posizione delle cose, e passare

all'esercizio di altri diritti che ne conseguono. A tutto ciò non fa contrasto la procedura. Ma quando una legge di procedura stabilisce che ad una data posizione degli atti nasce un effetto giuridico a favore dell'altra parte che può considerare come non esistente una istanza, un processo contro lui istituito, e pone quale un principio d'ordine questa operazione della legge, indipendente affatto da un nuovo giudizio che si vuol evitare, la linea di condotta ci è tracciata dalla stessa legge.

L'articolo 340 prevede che, scaduto il termine, si presuma tuttavia di continuare l'istanza: la parte contraria non fa che *proporre* (meglio si direbbe opporre) la eccezione della perenzione, e deve farlo prima di ogni difesa di merito.

Del resto il legislatore ha stimato di aver provveduto in modo che la parte favorita dalla perenzione non abbia mai bisogno d'istituirne la domanda per via di azione.

Chi ha ottenuta una sentenza, supposto che la perenzione si verifichi in corso d'appello, può mandarla ad effetto come se l'appello non esistesse. Se il processo di primo grado non ebbe compimento, il convenuto fa istanza per la condanna nelle spese. La perenzione è avvenuta: *per lui è un fatto compiuto ch'egli allega quale motivo della sua domanda*. Quindi non potrei approvare il metodo dell'egregio pretore di cui ripeto le parole in segno di stima. « È perciò colui il quale abbia acquistato il diritto ad opporre la perenzione, ove « la parte contraria non si prenda pensiero di « continuare la istanza, potrà far iscrivere la « causa nel ruolo di spedizione se pende in- « nanzi ad un tribunale o una corte, insistere « per la udienza con un semplice atto di parte « a parte se davanti un conciliatore o ad un « pretore, trascinare così anche suo malgrado « lo avversario dinanzi il giudice, *e prima di « ogni altra difesa proporre la perenzione d'i- « stanza che s'egli ha per un momento non ri- « conosciuta ma galvanizzata, lo ha fatto per « renderne più splendide le esequie* » In questo prosaicismo della procedura non sempre si coglie il segno con un tratto di spirito. Ho già detto che questo metodo non sarebbe regolare.

È sarebbe anzi pericoloso per chi l'adopera. È una contraddizione sostener morta l'istanza inesistente il processo, e continuarlo. Quei preliminari che vengono nel programma additati sono veramente fatti di continuazione, e che ci vuole di più per decadere dal diritto dell'eccezione? Se l'avversario è trasciuato suo malgrado, come si dice, a proseguire la istanza abbandonata, essa non è più abbandonata dacchè l'altra parte la riprende, *cosa non era che giacente*. Questo bisogno non ci può e non ci dev'essere, come non ci sarebbe mai di costruire in proprio carico un processo che non esistesse, onde con questo mezzo respingere una prescrizione che si viene così ad interrompere, ed ogni protesta sarebbe vinta dal fatto e resa inutile dall'intrinseca incompatibilità degli effetti.

Articolo 341.

La perenzione non estingue l'azione, nè gli effetti delle sentenze pronunciate, nè le prove che risultino dagli atti, ma rende nulla la procedura.

La perenzione nei giudizi di appello o di rivocazione dà forza di cosa giudicata alla sentenza impugnata, quando non ne siano stati modificati gli effetti da altra sentenza pronunziata nei detti giudizi.

Annotazioni

1. *La istanza conserva l'azione*: questo è il principio: *Omnes actiones... quæ tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.*

Il corollario pratico più sicuro che può derivarsi da questo principio si è che quand'anche l'azione avesse compito il suo tempo pendente il corso della istanza, essa dura ancora sino al consumarsi della perenzione, come continua sino all'esito della lite, dopo il quale il giudicato produce gli effetti giuridici che gli son proprî. Con una formola più breve: *la prescrizione non genera e non produce la perenzione*.

Una seria questione si presentò ai giureconsulti francesi, ed è questa. Se, dopo essersi introdotto un giudizio, si lasciò giacere tanto tempo quanto bastò per verificare la prescrizione dell'azione, in tale stato di cose la perenzione o cessazione totale della procedura nascesse dalla prescrizione medesima. La questione era seria e grave rispetto al sistema; conciossiachè stanziando quel Codice che la perenzione non era di pieno diritto, ma doveva essere implorata dal giudice ne veniva questa conseguenza: che finchè la domanda non era stata fatta, la perenzione non aveva

mai luogo, quindi la procedura sempre pendente manteneva l'azione e la protraeva oltre i termini ad essi assegnati dalla legge civile, e cioè fino *alla domanda della perenzione*.

La questione non esiste per noi. La perenzione si compie per ministero di legge, laonde *se la prescrizione si veri ca nel triennio, l'azione stessa si estingue al compiersi del termine medesimo*.

C'è di più. La prescrizione non viene interrotta da una istanza caduta in perenzione (Codice civile, articolo 2128).

2. *Dei giudicati che fanno ostacolo alla perenzione*. Nata sentenza definitiva, o avente carattere definitivo, la perenzione d'istanza non è più possibile: la istanza ha avuto un effetto, fu trasformata nella decisione. Da quel punto si ha l'*actio judicati*, la cui estinzione è regolata con principii diversi.

Si domanda se una sentenza interlocutoria od ogni sentenza interlocutoria sia ostacolo alla perenzione, o quella solamente che *forma pregiudizio sul merito*, contro la quale non vi è altro rimedio che l'appello. Così è in fatti. L'ammissione della prova testimoniale contestata è di questo genere; ciò dicasi dell'ammissione di ogni altra prova che *touche le fond du procès* pronunciata in contraddittorio delle parti (cassazione, 23 luglio 1858, Bettini, vol. 1, p. 6.. ; corte di Chambéry, 21 novembre 1857, Bettini, vol. 9, p. II, pag. 1811).

Fra le sentenze che impediscono la perenzione sono da noverarsi quelle che decidono provvisoriamente sopra uno stato di fatto, o anche sopra una controversia di diritto con o senza cauzione, quantunque la sentenza definitiva sia per annullarle o trasformarle. Si disputa della proprietà di acque irrigatorie e del conseguente modo di usarne. Il tribunale ordina un modo di godimento provvisorio, in corso di lite.

Di simili sentenze favella l'articolo, ove dice: *la perenzione non estingue gli effetti delle sentenze pronunciate*. La dizione non è corretta. Doveva dirsi piuttosto che la pronuncia di tali sentenze impedisce la perenzione.

Non sono considerate sentenze, ma atti della procedura, i decreti di ordinatoria o preparatorii, le ordinanze, qualunque siano, di presidenti o di giudici delegati, e in generale quelle risoluzioni che non legano i giudici e non partoriscono, secondo il nostro sistema, la eccezione della cosa giudicata. Fu anche deciso, e parmi con ragione, non formare ostacolo alla perenzione una sentenza che non risolve se non intorno un vizio della procedura, sul quale nacque contesa (Reynaud, Chauveau, questione 1241; corte di Nimes, 22 maggio 1821). Similmente in fatto di litispendenza decisa da un tribunale, giudicò la cassazione nostra 9 novembre 1858, Bettini, vol. 10, pag. 860).

Le sentenze interlocutorie che pregiudicano il merito e le provvisionali *confermano la procedura anteriore*, ma preludono ad una posteriore, che diventa necessaria per condurre la causa al suo compimento. Se non che da quella pronuncia un novello periodo ricomincia che, maturato nel silenzio di tre anni, fa acquistare alle pronunciate sentenze la ragione di cosa giudicata.

3. Qui sorge una combinazione che giova osservare.

Ma prima occupiamoci un momento del capoverso.

La perenzione invade (permettetemi la frase) anche i giudizi d'appello, anche i giudizi di revocazione; rapporto a quelli di cassazione vedremo un po' più avanti. Ma una sentenza nell'uno e nell'altro giudizio *può aver modificato gli effetti* della prima. Qui non si parla, a quanto pare, di sentenze definitive che vansi surrogare alla prima, ma di qualche interlocutoria che implica una decisione sul merito. Ultima in ordine, è a questa il rappresentare lo stato della causa. La perenzione è nata dopo la pronuncia di codesta sentenza: il testo non può avere altro senso.

Che sarà pertanto di tali sentenze interlocutorie o provvisionali che restano in piedi in mezzo ad una procedura rovinata che non può più continuare? Posto che l'azione non è estinta dalla perenzione che ha colpito la procedura posteriore, forse diretta a oppugnare la stessa sentenza, posto ch'essa possa di nuovo esercitarsi, il giudizio potrà essere introdotto *novìter* e come principale. L'attore sarà costretto a tener conto della cosa giudicata ed a rispettarla. Riassumendo come oggetto del suo giudizio la prima o una diversa domanda, si atteggerà in modo che il suo punto di partenza sia la stessa cosa giudicata, quando possa giovarsene.

4. La legge è provvida *nel conservare le prove*. Valgano a chiosa le parole dell'illustre Pisanelli: « Infatti, se il giuramento fu prestato, il silenzio delle parti non può distruggere un documento acquistato nel giudizio, come non distrugge quelli formati prima del giudizio stesso. Se un fatto venne confessato dalla parte, dichiarato dai periti e dal magistrato nel processo della ispezione giudiziale, l'abbandono totale del procedimento pel tempo necessario alla perenzione non può per se stesso menomare la verità del

« fatto confessato o dichiarato. Parimente il « silenzio delle parti non può in alcun modo « influire sulla credibilità delle deposizioni dei « testimoni ».

Pertanto alcuni frammenti del giudizio, come si vede, rimangono interi, e si trasportano, per così dire, di un pezzo nel giudizio nuovo, supponendo validi i decreti che vi diedero luogo, validi gli atti, valide le procedure relative. Ciò è bene, ciò è ragionevole, soltanto quelle parti di un edifizio caduto restano sconnesse e devono adattarsi alla nuova costruzione. La relazione dichiarò *che si ebbe in animo di generalizzare il sistema*, e di non far eccezioni. Quindi scostandosi dal Codice di Ginevra, notò, che se pure i medesimi testimoni vivessero, non si dovrebbero di nuovo esaminare.

Onde però le prove raccolte si trapiantino, senza discussione e così come stanno, nel nuovo processo, due condizioni si richieggono: 1° *che il nuovo giudizio si riproduca fra le stesse persone o loro rappresentanti*, 2° *che sia intentata la medesima azione*, e non una diversa, quantunque scaturisca dalla stessa origine, com'è noto poter avvenire, per esempio, chi in virtù dello stesso contratto domandò il pagamento di corrisposte convenute, ora per un patto che vi è inserto ne domandi la risoluzione. Forse le prove che valsero pel primo o non si attagliano al secondo giudizio, o diventano discutibili, per lo diverso indirizzo che questo assume, e lo esercizio di mezzi non identici.

5. *Anche il giudizio in cassazione soggiace alla perenzione?* Ne toccai di sopra, ed ora rispondo negativamente.

La perenzione però può aver luogo nel tempo successivo; e prevenire lo stesso *giudizio di rinvio* (Dalloz, v° *Péremption*, n° 102; cassazione francese, 12 giugno 1827; *Journal Av.*, t. XXXIII, pag. 231, Chauveau in Carré, quest. 1421 ter). Il che può avvenire in più guise, o che non sia stato proseguito il giudizio medesimo, o la sentenza di cassazione non sia stata notificata, ecc. Il ricorso regolare (e se non fosse, non esisterebbe giudizio di cassazione) non cade per tempo, forse perchè avanti l'Ordine supremo non si fanno propriamente delle procedure, e dove siano incombenti da adempiere, speciali disposizioni ne regolano l'osservanza. Se la perenzione si fosse prima verificata, essa costituirebbe una eccezione che farebbe irricevibile il ricorso. L'atto stesso di ricorso, non eccepito, sarebbe valido rimedio ad una perenzione già incorsa. Ma dalla pronuncia della sentenza della corte suprema, che non sia di reiezione del ricorso, riaprendosi il corso del processo, la sua medesima sentenza potrebbe svanire e restare senza effetto per la inazione di tre anni, come sopra si osservò, e allora quella che fu già denunziata resterebbe nel suo pieno vigore di cosa giudicata.

La istanza d'appello cade in perenzione, come quella del primo giudizio, se la dichiarazione di contumacia non è chiesta nel termine legale.

L'illustre collegio di disciplina degli avvocati presso la corte d'appello delle Calabrie propose all'ottimo e compianto direttore del giornale *La Legge* l'avvocato Luciano Beretta il seguente quesito, « Se quella parte « dell'articolo 338, così espressa — *l'istanza è « altresì perenta quando non siasi chiesta la « dichiarazione di contumacia nel termine sta« bilito dall'articolo 383*, — debba applicarsi « anche in appello ».

L'egregio giureconsulto rispose affermativamente, ed è, secondo me, la risposta che si doveva dare.

L'articolo 338 e l'articolo 383 hanno un nesso ed un rapporto immediato. Pel primo « la dichiarazione di contumacia dev'essere « chiesta *nel termine di giorni sessanta* dalla « scadenza di quello stabilito per compa« rire » (1), mentre l'articolo 338 aveva prevenuta la conseguenza di tale mancanza che si risolve nella *perenzione della istanza*, nell'obbligo cioè di rinnovare la citazione.

L'appellato può rinnovare questo giuoco, rendersi contumace. L'appellante è tenuto dal canto suo a chiedere la dichiarazione di contumacia, sotto il peso delle medesime conseguenze, se non che le conseguenze saranno assai più gravi in ragione del giudizio contrario che ha subito, e della sentenza che passa irremissibilmente in giudicato, ove non gli avanzi qualche residuo di termine utile per replicare l'atto di appello. Ciò è forte, ma l'appellante è già portato ad uno sbilancio di posizione giuridica rimpetto all'appellato vincitore, e ha dei severi obblighi a compiere. Io pure vorrei sgombrato questo

(1) Il che non toglie che si possa chiedere anche il giorno dopo, mediante la iscrizione della causa in ruolo di spedizione.

terreno dalle pastoie; troppe formalità, ma non si dirà mai che anche questa non sia ben radicata nello spirito del Codice. Già fu benissimo osservato che l'articolo 341 non lascia attecchire il dubbio, estendendo nominatamente ai giudizi d'appello gli effetti della perenzione.

La perenzione speciale dei *sessanta giorni* è un acuto sprone ai fianchi dell'attore onde, valendosi dell'assenza del convenuto, non lasci, per i suoi fini, troppo a lungo giacere la causa. In appello segnatamente ciò potrebbe avverarsi. Chi ha perduto e sente di aver torto, ottenuta la sospensione del giudicato, non si cura guari d'altra cosa, aspetta che l'avversario si muova. Sotto questo aspetto la legge ha la sua ragione ogni volta che si ritenga quel vero ingombro delle procedure, che è il sistema della contumacia.

Qui vogliamo rammentare una forma di questo sistema che anche si collega coll'argomento.

Se l'appellato fu citato in persona propria (articolo 382), dovrà soggiacere alla sentenza *senza diritto di opposizione* (articolo 474). Se non fu citato in questo modo, cioè se la sua egregia persona non fu messa in contatto della citazione per mano dell'usciere, egli potrà fare opposizione quando che sia, a termine di legge. Per levarsi d'attorno questo pericolo gioverà all'appellante ripetere la citazione giusta il proposto dell'art. 382. In tal caso il termine dei sessanta giorni decorrerà da quello della scadenza della rinnovata citazione.

Articolo 342.

Nel caso di perenzione ciascuna delle parti sopporta le proprie spese del giudizio perento.

§ 3.

Della rinunzia agli atti del giudizio.

Articolo 343.

La rinunzia agli atti del giudizio può essere fatta in qualunque stato e grado della causa.

Per le persone sottoposte all'amministrazione o assistenza altrui la rinunzia non può farsi, nè accettarsi fuorchè nella forma stabilita dalla legge per abilitarle a stare in giudizio.

Articolo 344.

Per la rinunzia agli atti del giudizio, l'accettazione e la revoca della medesima, il procuratore deve essere munito di mandato speciale salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

Annotazioni.

1. Nel contesto di più contendenti ognuno di essi può *rinunziare* e ritirarsi dal giudizio, trattandosi di oggetto divisibile. Nessun pregiudizio ai consorti, che potranno ben conseguire ciò che loro spetta. *Quid, se si tratta di oggetto indivisibile?* Non è meno aperto che i non rinunzianti possono insistere per la determinazione del diritto in quel modo che un solo di essi avrebbe potuto reclamarlo, o l'oggetto sia individuo per natura o per convenzione. In ogni ipotesi, coloro che *judicio manent* non sono pregiudicati dalla rinunzia di altri contendenti, e se lo fossero, potrebbero opporsi. Sul tema della posizione nella quale va a trovarsi il convenuto obbligato a dare il solido, corre una dottrina che merita di non esser dimenticata. Si è detto che in questo caso *le débiteur poursuivi, s'il succombe, demeure subrogé aux droits des demandeurs qui s'est désisté* (*Praticien*, t. II, p. 418, opera riputata in Francia, e che io cito solo come fonte della dottrina approvata dal Pigeau, *Commentaire*, t. I, pag. 690, dal Carré, dal Chauveau, questione 1454). Qui si suppone che la rinunzia sia stata accettata; e uno o più degli attori siano in effetto usciti dal giudizio. *Il debitore*

avrà diritto di chiedere una cauzione da colui al quale paga il solido, che lo guardi dalle molestie che potrebbe sostenere dai concreditori, ciò traendosi per forte ragione di analogia dall'articolo 1207 del Codice civile. In questo senso crederei applicabile la esposta dottrina. Non può effettuarsi una vera e propria surrogazione del debitore nei diritti del creditore rinunciante, atteso che *chi rinuncia agli atti della lite*, non rinuncia all'azione, non rinuncia al credito, non rinuncia al diritto, il che sarebbe necessario per dar vita ad una surrogazione.

2. Nella cerchia limitata da questi due articoli, sembra che ogni rinuncia regolare accettata dal convenuto faccia cadere il giudizio. Ma ragion vuole che i terzi, i quali hanno un interesse attuale e un diritto già posto in esercizio, non siano frustrati, onde si riterrà per essi e per conto loro proseguire la lite. Così fu deciso *che la rinuncia dell'attore principale non deve nuocere al terzo interveniente* (cassazione francese, 30 agosto 1825, *Journal Av.*, t. XXX, p. 161), *che malgrado la rinuncia all'appello principale, si mantiene l'appello incidente* (cassaz. francese, 23 novembre 1836, *Journal Pal.*, t. I del 1837, pag. 201, comune giurisprudenza), alla condizione però che l'appello incidente *sia anteriore*, come dissero con ragione più corti francesi (Douai, 6 luglio 1819, Rennes, 10 marzo 1820, Poitiers, 16 gennaio 1821, Montpellier, 24 maggio 1828). Se l'appello incidente fu anteriore può trasformarsi, *ordine servato*, in appello principale.

3. La *rinuncia* può essere: 1° nulla per intrinseco difetto, 2° inabile per viziosa o insufficiente espressione, 3° inefficace per mancanza di accettazione.

Il difetto di podestà, dichiarato in amendue gli articoli, riguarda la prima causa. La rinuncia che o non sia riferibile alla lite in corso, o sia involta in incongrue riserve, in proteste inopportune, in condizioni, pecca del secondo vizio.

È allora che si ammette l'invocato intervento del giudice. Il convenuto si riserva di dare o negare il suo assentimento ad una rinuncia regolare, ma intanto oppugna l'atto in se stesso, e può provocare un incidente che risolva questa preliminare contestazione.

Non ho avuto in pensiero di restringere in codeste proposizioni tutte le cause per le quali un atto di rinuncia può giudicarsi inammessibile prescindendo dalla non accettazione dell'altra parte. Se l'atto fosse *fornito di motivi*, ciò potrebbe dar luogo a contestazione sulla concludenza dei motivi medesimi, ma io ritengo che la rinuncia non ha bisogno di esser motivata. Non escludo neppure la ipotesi di una evidente incompatibilità della rinuncia colla qualità o posizione dell'affare di cui si tratta, come fu qualche volta deciso, ma io non posso occuparmi di codesta singolarità. In genere dirò che la tendenza del nostro Codice è di tutelare la libertà del rinunciante, alla quale ha posto vicino il freno ben energico dell'accettazione.

Non è irregolare la rinuncia che non contiene l'offerta espressa di pagare le spese: la rifusione delle spese del giudizio è una conseguenza di diritto (articolo 343).

In judiciis contrahitur: da ciò il diritto dell'accettazione. Da tale principio, onde l'atto di rinuncia acquista la sua perfezione, deriva che fino al momento della sua accettazione può esser ritrattata (Pigeau, *Proc. civ.*, lib. II, part. 2, tit. 5, cap. 3, sez. 1, art. 3, Thomine, Dalloz, ecc.).

4. *Se il giudice possa interporsi per costringere il convenuto ad accettare la rinuncia*, è un problema che in generale si scioglie nel senso affermativo dai giureperiti francesi, ed io, rispettandoli, non vorrei certo assumermi d'indagare quali fondamenti abbiano potuto trarne dalla loro legislazione. Quanto a noi, io sono di fermo avviso che il consenso del convenuto sia pienamente libero, ch'egli non abbia a consultare che il proprio interesse, *nè sia tenuto di esprimere i motivi del suo rifiuto*. Io non potrei aggiungere alla legge. Non ammetterei l'interposizione del giudice che qualora il rifiuto fosse motivato sopra un difetto, sulla inopportunità, illegalità, irragionevolezza della rinunzia: poichè in tal caso sorgerebbe una vera questione di diritto.

5. L'atto di rinuncia, il decreto d'autorizzazione, il mandato, se fa d'uopo, dovranno notificarsi al contrario interveniente. L'accettazione è un fatto espresso, esplicito e specifico: è fatto della parte, e la sua forma intrinseca è precisamente quella che viene assegnata nel capoverso dell'art. 343. *Elle* (l'accettazione) *se fait comme le desistement lui même* (Pigeau, *Proc. civ.*, luogo sopracitato). L'accettazione quindi non si deduce, non si presume da verun argomento. Il Codice di procedura sardo aveva una disposizione (art. 470) in cui era detto che se dentro quindici giorni *dalla notificazione dell'atto di recesso* (allora così chiamato) *non si è dall'altra parte intimata l'accettazione, s'intenderà ch'essa vi abbia contraddetto, e la causa proseguirà il suo corso*. In effetto era dato un termine sospensivo di quindici giorni. Malgrado la disposizione non sia stata ripe-

tura, io avrei fede nello stesso sistema per una legittima estensione dell'art. 164, il che ho avuto ragione di avvertire qualche altra volta nel silenzio della legge. Soltanto potrà osservarsi che, ammettendosi la rinunzia in *qualunque stato e grado della causa* in prima istanza o in appello, siffatto termine di sospensione non sarà sempre congruo, nè sempre possibile. Un litigante che si trova alle strette, che è sul punto di soccombere, se ne fa puntello, sicuro che otterrà una dilazione. Io dunque dico che un certo termine, che può ben esser quello di quindici giorni, gioverà interporre fra la notifica della rinuncia e l'accettazione, se non porti turbamento alla economia del giudizio. Ma se voi aspettate a far la rinunzia al momento dell'udienza, non potrete pretendere che si sospenda il giudizio. E aggiungo che in qualunque caso d'ambiguità, o dove occorra, potrà invocarsi l'ufficio del giudice perchè assegni all'altra parte un termine a decidersi. La legge lascia una certa larghezza e deferisce al criterio dell'opportunità. Del resto è palese che il silenzio della parte contraria *equivale alla non accettazione.*

Articolo 345.

La rinunzia accettata produce gli effetti della perenzione.

Essa obbliga il rinunziante a pagare le spese del giudizio.

Annotazioni.

È ben certo corollario di tutto questo che, non essendo contestata la lite, non comparso il citato, l'attore può a libito suo recedere o rinunziare al giudizio e anche a sentenza contumaciale quando sia nata. La nuova legge usa una formola semplice e chiara: la rinuncia ha l'effetto della perenzione, non più: la stessa domanda potrà quindi riprodursi senza timore del *bis in idem*; non deperiscono le prove già formate in conformità dell'articolo 341, salva la prescrizione dell'azione, il cui corso per l'articolo 2128 del Codice civile non rimase perciò interrotto.

SEZIONE VIII.

Delle conclusioni del ministero pubblico.

Articolo 346.

Il ministero pubblico conchiude nei casi indicati dalla legge e in tutte le cause che riguardano:

1° Lo Stato;

2° Le donazioni e i legati fatti a beneficio dei poveri;

3° Lo stato delle persone e le tutele;

4° Il matrimonio e la separazione personale dei coniugi;

5° I minori, gli interdetti e gli inabilitati, gli assenti dichiarati, e generalmente tutti quelli che sono rappresentati o assistiti da un curatore o da un amministratore delegato dalla autorità pubblica;

6° La competenza per materia o valore, e i conflitti di giurisdizione;

7° Le ricusazioni di giudici e degli ufficiali del ministero pubblico, e l'azione civile contro di essi;

8° Quelli che si trovano per causa pubblica fuori del regno, e non sono rappresentati in giudizio.

Il ministero pubblico può richiedere la comunicazione degli atti in tutte le cause nelle quali lo creda necessario per l'osservanza della legge, e l'autorità giudiziaria può anche ordinarla d'uffizio.

Annotazioni

Al numero 3°. — Sono questioni di stato tutte quelle che nascono dall'articolo 6 delle Disposizioni preliminari, e dai titoli I, IV, V, VI, VII, VIII, XI, lib. I del Codice civile, dal tit. VII, lib. II del Codice di procedura civile. E quanto alle tutele, le questioni che hanno origine dai titoli IX, X, XI, lib. I, dagli art. 1012, 1053 dello stesso Codice, dai tit. V e VI del detto lib. III del Codice di procedura.

Al numero 4°. — La donna maritata non è fra le persone privilegiate da questa speciale protezione dello Stato, dove bastarle quella del marito. Se quella del marito le fa difetto, allora subentra il giudice, che esaminato l'affare nell'interesse di lei, accorda o nega l'autorizzazione al contratto o alla lite. A tale decisione coopera il voto consultivo del pubblico ministero (tit. IV, cap. 44 del Codice di procedura civile), e quando non si tratti che di questioni patrimoniali, il suo compito è finito. Quindi le stipulazioni relative al matrimonio come contratto (art. 1378 e seg. del Codice civile), e le controversie che verranno, non reclamano l'intervento del pubblico ministero. Mi piace notare come un progresso della libertà l'abolizione del num. 9 dell'articolo 184 dell'ultimo Codice sardo, che estendeva questa specie di privilegio *alle donne, allorchè trattasi delle loro doti e ragioni dotali.* Io non amo troppo, lo dico schietto, l'intervento dello Stato nelle cause dei privati, dove non venga in compromesso l'ordine generale dei giudizi al quale lo vorrei riservato.

Al numero 5°. — La *difesa dell'assente* è insieme nell'interesse dell'umanità e in quello della cosa pubblica. Finchè la sua condizione è quella avvisata nell'articolo 21 del Codice civile, egli ha veramente bisogno della protezione dello Stato. Dispone di conserva l'articolo 793 della procedura. Se la sua assenza si prolunga, se è dichiarata, egli dev'esser tutelato di fronte a coloro che agognano alla sua successione. In simili giudizi ha veramente ragione di essere l'intervento del pubblico ministero, che anzi è manifesto competergli non l'intervento semplicemente, *ma la via d'azione*, come parte principale, eccettochè non sia già deputato un curatore all'assente, nel qual caso interviene come parte aggiunta e precisamente nei termini del presente articolo. Se non che pensa il Boitard che *dopo la dichiarazione di assenza* non sarà più necessaria l'opera del pubblico ministero, benchè, egli dice, non manchino buone ragioni per desiderarla, ma secondo esso la legge sino a tale non provvede (*Leçon de procédure*, n° 218). Debbo aggiungere che gli autori più chiari in questa materia, quali il Pigeau, il Chauveau, e altri, mantengono quell'opinione. Infatti, si osserva, fu in opposto il voto del Tribunato che non venne seguito. Ma essendo anche il voto della ragione dove l'articolo 184, n° 5, dell'ultimo Codice si espresse *gli assenti o presunti assenti*, per togliere ogni equivoco il nostro suona *assenti dichiarati*, il che non esclude i *presunti*.

Articolo 347.

Il ministero pubblico conclude all'udienza dopo la discussione delle parti.

Può anche richiedere che si assegni un'altra udienza per le sue conclusioni.

Annotazioni.

1. Nel Codice di procedura francese non è spiegato se le *conclusioni del pubblico ministero* abbiano ad essere *scritte* o *verbali*, ossia prese alla udienza, e la opinione della oralità prevalse (cassazione, 29 messidoro, anno II, 13 termidoro, anno II, 2 gennaio 1821, Merlin, Dalloz, ecc.). Al legislatore sardo del 1859 piacque la contraria sentenza, esposta nell'articolo 186: « Le conclusioni del ministero pubblico, ove la legge non disponga altrimenti, *devono sempre essere scritte, e le parti hanno diritto di averne copia a loro spese* ». La prima relazione ministeriale sul progetto del Codice aveva espresso il più gran favore per la oralità delle conclusioni, nondimeno l'articolo si pronunzia in modo che lascia possibile l'uno e l'altro metodo, secondo la qualità delle cause, le abitudini dell'oratore, la varietà delle circostanze, e questo sembrami il migliore. Solamente le parti non hanno diritto

alla comunicazione, i litiganti non sono messi a fronte del pubblico ministero come avversari armati per combatterlo, nè possono rispondergli: e questa infine è la sostanza.

2. Il ministero pubblico, non operante come parte principale, ma interveniente nell'altrui litigio colla nobile missione di agevolare il còmpito della giustizia sopra una questione di cui non può mutare i termini sostanziali, a rigor di parola, non pone delle conclusioni, o almeno ciò deve intendersi in tutt'altro significato da quello che si attribuisce *alle conclusioni delle parti* che fondano in esse le basi del giudizio. Onde egregiamente il Chauveau: « *N'est-ce « pas positivement sous forme de conclusions* « que ces moyens doivent être présentés par « lui (il pubblico ministero)? c'est plutôt sous la « forme d'un avertissement donné aux juges ». È certo pertanto e fuori di contestazione che non può il pubblico ministero mutare la posizione della causa, fare istanze che non siano in relazione con quelle spiegate dalle parti, sulle quali, simile al giudice, esercita la sua critica illuminata e imparziale. Vi hanno nondimeno tali facoltà nel pubblico ministero che appartengono al suo ufficio, per le quali è indipendente come la legge stessa ha voluto essere indipendente dalle transazioni delle parti; egli potrà sempre opporre per conto suo la incompetenza assoluta, e gli altri principii di interesse e d'ordine pubblico non vincolati mai a veruna privata controversia.

3. *Dell'intervento del pubblico ministero nelle cause d'appello avanti le corti.*

Non faccio che indicare una massima interessante insegnata dalla corte di cassazione di Torino, che ammette l'intervento del pubblico ministero anche nelle cause commerciali che si discutono avanti le corti d'appello. « Non « è per ragione di materia che l'articolo 157 « (del Cod. di proc. civ.) vieta sentirsi il pub- « blico ministero nelle cause in cui i tribunali « civili esercitano le funzioni di tribunali di « commercio, ma è perchè presso i tribunali « di commercio il pubblico ministero non esiste, « e vi sarebbe disuguaglianza di trattamento « se l'obbligo o la proibizione delle conclusioni « del medesimo in una determinata causa do- « vesse unicamente dipendere dal sedere o non « sedere un tribunale di commercio nel luogo « in cui la causa si avesse a istituire. — Invece « per le corti d'appello la cosa è diversa. Oltre « che queste non rappresentano tribunali di « commercio, ed esercitano una giurisdizione « d'ordine più elevato, avendo dall'art. 87 la « missione di conoscere nella propria qualità, « in grado d'appello, di tutte le cause giudi- « cate in prima istanza tanto dai tribunali « civili, quanto dai tribunali di commercio, « avanti di esse il pareggiamento delle cause « è perfetto, poichè essendo presso ognuna di « esse istituito il pubblico ministero, si può « in tutte le cause averne il parere quando « si verifichi alcuno dei casi previsti dall'ar- « ticolo 345 sovracitato » (4 marzo 1870, relatore Cassiano, *Monitore dei Tribunali*, anno XI, pag. 340).

SEZIONE IX.

Della discussione orale e della polizia delle udienze.

Articolo 348.

Le cause sono chiamate all'udienza secondo l'ordine dell'iscrizione, salvo la preferenza alle urgenti e alle contumaciali.

Articolo 349.

Quando sia stato nominato un giudice relatore, esso fa la relazione della causa.

Quando la relazione debba farsi dalle parti, il fatto della causa è esposto dal difensore dell'attore; i difensori delle altre parti possono rettificarlo. Se l'autorità giudiziaria non creda sufficientemente stabilito il fatto, il presidente nomina un relatore e rimanda la causa ad altra udienza.

Articolo 350.

Dopo la relazione i difensori delle parti leggono le conclusioni, e poi svolgono succintamente le ragioni su cui son fondate.

Le parti, assistite dai loro procuratori, possono difendersi da se stesse. L'autorità giudiziaria deve vietarlo se la passione o l'inesperienza possa impedir loro di trattare convenientemente la causa.

Annotazioni

La difesa personale è di diritto, ha il suo limite nella inesperienza, e perciò vi sono gli avvocati, nella passione, e anche questo è uno dei lati deboli della difesa personale. È di diritto, quindi non è più mestieri, come un tempo invocare un'autorizzazione. Nè le donne sono escluse in massima (Thomine, t. , p. 197; Carré, quest. 418, Boncenne, t. I, pag. 297), se non che *fra la inesperienza e la passione* si troveranno a disagio.

Articolo 351.

Quando le parti non siano comparse tutte all'udienza, le presenti possono fare istanza per la spedizione della causa.

Annotazioni.

Mancato l'attore lo stesso convenuto può fare la istanza, questo sistema, ora chiaramente enunciato, è buono. È palese che questa disposizione non conviene ai giudizi contumaciali che hanno regole loro proprie.

Articolo 352.

Finita la discussione, i procuratori che non abbiano depositato ancora gli atti della causa a termini dell'articolo 177, o che non ne abbiano fatta la restituzione nel caso espresso nell'articolo 180, o che li abbiano ritirati nel caso indicato nel capoverso dell'articolo 349, debbono consegnarli al cancelliere riuniti in fascicoli, rispettivamente muniti dell'inventario, e della nota delle spese, sotto pena di una multa da lire cinquantuna a lire cento, salvo il disposto del primo capoverso dell'articolo 180.

Se uno dei procuratori ometta di consegnare gli atti, la causa è giudicata su quelli dell'altra parte.

Annotazioni

Qual nembo di minacce in questo articolo! Fioccano le multe, non basta, la sentenza può proferirsi sopra una parte soltanto del processo! Noto l'incremento che la pena comminata nell'articolo 191 del cessato Codice sardo presenta nel nuovo italiano. Da lire dieci siamo arrivati alle cento! Un regolamento disciplinare deve farsi incontro agli abusi dei difensori e punirli severità necessaria. Ma un Codice di procedura che prescrive norme a rispettabili ufficiali della legge, sparso di multe, mi sa della pena del bastone minacciata in un ordine del giorno ai soldati che non volessero muoversi al rullo del tamburo. Capite che ci sarebbe da screditare un esercito! Perchè non si applica la multa al magistrato, che pure non è impeccabile? Perchè si ha fede nella sua probità di magistrato, nell'affetto al dovere, nella diligenza, che non è l'ultimo al certo dei suoi doveri. Perdonatemi la breve intramessa in nome della dignità del ceto legale, in aggiunta a qualche altra che ho già fatta. Ma vediamo un momento la complicazione di codeste multe. Mi par chiaro che la legge intende cumularle. Supponiamo che un procuratore sia stato già condannato alla multa di lire cinque per ogni giorno di ritardo giusta l'articolo 177. È passato un mese. Gli cade addosso un'altra multa di lire cento. La causa è giudicata ad ogni modo *sugli atti esibiti dall'altra parte*, e su questo non c'è che dire, non si può giudicare di atti o documenti che non esistono.

Articolo 353.

Quando si debba ordinare il rinvio della causa, l'ordinanza la rimette ad altra udienza fissa.

Le parti ancorchè non comparse all'udienza si hanno per citate a comparire con la pubblicazione dell'ordinanza di rinvio.

Articolo 354.

Il presidente dirige le udienze e mantiene il buon ordine. Quanto prescrive deve essere immediatamente eseguito

Articolo 355.

Chi interviene alle udienze non può portare armi o bastoni, e deve stare a capo scoperto, con rispetto e in silenzio.

È vietato di fare alle udienze segni di approvazione o disapprovazione, o di cagionare disturbo in qualsiasi modo.

In caso di trasgressione il presidente ammonisce o fa uscire dalla sala il trasgressore, il quale, se non obbedisca, può essere, sull'ordine del presidente, condotto agli arresti per ore ventiquattro.

Quando il fatto costituisca un reato si osservano le disposizioni del codice di procedura penale sulla polizia delle udienze

Annotazioni.

Sappiamo dall'articolo 619 e seguenti del Codice di procedura penale che la stessa autorità è attribuita rispettivamente ai pretori dei conciliatori non si fa cenno Ed io credo che non si possa dare la menoma estensione ad una legge che implica un potere straordinario e una ben grave coercizione penale.

Il Titolo VII, Libro I del suddetto Codice riassume questo ordinamento e vi dà una grande estensione. In qualche parte sono ampliate eziandio le norme dettate in questo articolo il che giova rammentare.

SEZIONE X.

Delle sentenze e delle ordinanze.

OSSERVAZIONI GENERALI

Le classificazioni delle sentenze che si trovano nei più recenti Codici che sono in voce di accurati, furono intralasciate dal nostro con un proposito che nella relazione del ministro Pisanelli ci è fatto palese « Il progetto, fermo di non dare definizioni circa il carattere delle « sentenze e di non stabilire differenze fra le medesime, per quanto concerne i mezzi d'impu« gnarle, non formulò distinzioni che appartengono al dominio della scienza, ma seguì via più « semplice. Considera come sentenze qualunque pronunziato definitivo, interlocutorio o provvi« sionale dell'autorità chiamata a giudicare della causa, e ritiene quale semplice provvedi« mento quello che emana soltanto dal presidente o da un giudice delegato. Ogni sentenza,

« qualunque sia il suo carattere, può essere impugnata coi mezzi stabiliti dalla legge, come « contro qualunque provvedimento del presidente o del giudice delegato è aperta la via del « richiamo al collegio ». È inutile adunque la denominazione, perchè ogni pronunziato, meno quello del giudice singolare, è impugnabile: questo è il concetto. Se non che una sentenza interlocutoria potrebbe non esser appellabile. Intorno a ciò altre ragioni ci porge la relazione. « Spetta alla parte di apprezzare preliminarmente, e definitivamente al magistrato, se una sen- « tenza interlocutoria dovrà o potrà influire sulla decisione della causa, se la medesima costi- « tuisca un pregiudizio sul merito. Ma stabilire la necessità di un tale esame preventivo, al « solo scopo se la sentenza si possa impugnare coi mezzi concessi dalla legge, è un voler mol- « tiplicare le questioni accessorie, rendere più irto di difficoltà il procedimento giudiziario che « per natura delle cose già ne abbonda soverchiamente; a ciò si aggiunga il male che deriva « sempre da una giurisprudenza incerta e vacillante ». Le considerazioni chiamate dall'argomento saranno da noi raccolte nelle note all'articolo 360.

§ 1.

Della pronunziazione e della forma delle sentenze e delle ordinanze.

Articolo 356.

I giudici devono deliberare dopo la discussione della causa.

Possono differire la pronunziazione della sentenza ad una delle prossime udienze.

Annotazioni.

La inosservanza di questa disposizione non porta nullità. Fra le varie decisioni che la corte di cassazione ha pronunciate su questo articolo, noterò la più recente - Ricorso Badini, luglio 1866. (Io scriveva in quell'anno. La giurisprudenza non è cangiata.

Articolo 357.

Non possono concorrere alla deliberazione della sentenza se non quei giudici che hanno assistito alla discussione della causa.

Il numero dei votanti deve essere quello stabilito dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

Annotazioni.

1. L'articolo 196 dell'ultimo Codice sardo è stato opportunamente modificato. Per esso era stanziato che non potrebbero concorrere alla votazione se non quei giudici che avessero assistito a *tutte le udienze* dopo la iscrizione della causa in ruolo.

2. **Precedenti storici**. Noterò in breve le fasi ideali trascorse da questo importante teorema giudiziario.

L'articolo 7 della Legge francese del 20 aprile 1810 prescriveva che a costituir valido un pronunciato della collegialità dovessero concorrere tutti i giudici che a tutte le udienze avevano assistito. Ma, bene osservò il Boitard, trattavasi di una legge di sovente inseguibile; le cause si prolungano, si trasportano da una ad altra sede, vi stanno in mezzo lunghi intervalli, e intanto si surrogano gli uomini e passano. Fin dove fu possibile, la giurisprudenza si mantenne ligia al principio, siccome da numerose decisioni emerge a cominciare da quelle della corte di cassazione pronunciata nel 9 brumaio e 18 frimaio, anno II, 12 nevoso an. VII, 26 messidoro anno VIII, e via discorrendo, dall'epoca repubblicana a tutte le posteriori. Contuttociò, in presenza di certe condizioni giudiziarie, regolari in se stesse e indistruttibili, fu forza se non modificare il principio, determinarne la portata e venire alla ragione della legge. Si dovè riconoscere che il con-

corso di giudici che avevano avuto parte nei primi atti della causa, che avevano seduto nelle prime udienze riuscite all'ammissione di qualche prova, a discussione ancora immatura, non poteva riputarsi necessario alla decisione finale, che bastava l'essere stato presente all'ultima udienza in cui ebbe luogo nella sua pienezza la discussione. Tuttavia sotto l'impero di una *legge* cotanto severa, convenne ricorrere a qualche spediente, e la cassazione disse più volte che, per evitare la nullità, era d'uopo che se il giudice non fosse intervenuto alle prime udienze constasse dal processo che la *discussione era stata ripresa avanti di lui*, il che supponeva che a qualche altra udienza avesse assistito (11 16 maggio 1821, *Journal Av.*, tom. 23, pag. 184, 4 giugno 1833, *Journal Av.* tom. 45, pag. 595). Intanto era entrato nella giurisprudenza, quale eccezione nascente dalla ragione stessa della legge, che quelle udienze che si chiusero con alcun decreto preparatorio, interlocutorio, incidentale, non fossero propriamente contemplate nel testo. Decisioni *d'espèce* se vuolsi, ma che, moltiplicandosi, costituirono una solida giurisprudenza (cassazione, 5 germinale, 17 vendemmiale, anno XII; 18 aprile 1810, 19 novembre 1818, 3 giugno 1820, 5 marzo, 1829, ecc.

Restava il vedere se, potendo per legge la sezione giudicante comporsi di un minor numero di giudici, recasse difetto la non presenza di taluno che avesse seduto in altra udienza interressante, non fatta almeno menzione della causa dell'astensione. Si rispose che, concorso essendo il numero legale dei giudici, il giudizio era regolare (cassazione 14 novembre 1832, *Journal Av.*, tom. XLIV, pag. 177, e non poche decisioni di corti d'appello, Merlin, *Repertoire*, v° *Jugement*).

3. La *discussione* già descritta nell'art. 348 e seg. è quella in cui le parti spiegano le loro conclusioni definitive, e con esse i mezzi che le appoggiano, ma vi è da osservare, che può in quelle udienze nominarsi un relatore e rinviarsi la causa. Non sarebbe soddisfatto all'articolo 357 se il giudice decidente non avesse assistito ad ambedue le udienze; e ciò dicesi delle altre che avessero luogo dopo un rinvio o differimento, *costituendo nell'insieme una discussione sola*. È dunque richiesto e sarebbe altrimenti nullità, che il giudice che assiste all'ultima abbia pure assistito alla precedente. In questo senso è fissata la giurisprudenza francese nel caso di un *deliberé sur rapport* (cassazione, 24 aprile 1816, Chauveau in Carré, quest. 486 bis, in fine).

Articolo 358.

La deliberazione si fa in segreto con l'intervento dei soli votanti.

Il presidente raccoglie i voti.

Il primo a votare è il meno anziano in ordine di nomina, e così continuando sino a chi presiede. Quando la relazione della causa sia fatta da uno dei giudici, il primo a votare è il relatore.

Articolo 359.

Le sentenze si formano a maggioranza assoluta di voti.

Quando non si ottenga la maggioranza assoluta per la diversità delle opinioni, due di queste, qualunque siano, sono messe ai voti per escluderne una. La non esclusa è messa di nuovo ai voti con una delle opinioni restanti, per decidere quale debba essere eliminata; e così di seguito finchè le opinioni siano ridotte a due, sulle quali i giudici votano definitivamente.

Chiusa la votazione, il presidente designa tra i membri della maggioranza chi debba compilare la santenza.

Annotazioni.

L'articolo 195 del Codice di procedura sardo del 1859 diceva. *La votazione si fa in segreto coll'intervento dei soli votanti*. Identico è il dettato dell'articolo 358 del Codice presente nel suo primo periodo, ma invece di *votazione* si dice *deliberazione*.

In tempo non lontano la corte di cassazione di Torino profferì sulla sorte di una sentenza nata sotto l'impero del passato Codice, che imprudentemente aveva esposta la votazione in questo modo, *ad unanimità di voti*. La sentenza è stata annullata perchè la corte suprema ha

veduto in quella formola *rivelato il segreto della votazione*, chiaro dicendosi che tutti i giudici hanno votato in un senso (causa Duretti-Gagliardi, 25 aprile 1867, relatore Gervasoni).

Non mi fermerò su questa decisione, mi basti osservare che l'articolo 197 conteneva la sanzione di nullità per la violazione precisamente dell'articolo 195.

Speriamo che i nostri giudici, ammoniti dalla poco lieta ventura di quella sentenza, non avranno nessuna propensione di aggiunger clausole e dichiarazioni pericolose, contenti al dire e al far quello che la legge loro impone, che non è poco. Tuttavia un cenno può farsi sull'articolo 358.

La parola *deliberazione* ha surrogato la *votazione*. Io credo che nel Codice anteriore si volesse infine esprimere la stessa idea, ma ora si è fatto più esattamente. La *deliberazione* è il risultato della votazione, e per questa l'articolo 358 prescrive norme d'ordine interno. È rimarchevole però che questa disposizione non è più difesa nella sanzione di nullità. Il nº 1 dell'art. 361 dichiara che *la sentenza è nulla, se siasi violato l'articolo* 357, e del 358 non si parla. L'articolo 357 potrebbe sembrare di maggiore gravità, esso concerne le persone dei giudici o il numero dei votanti, l'intrinseco dell'atto, la podestà del giudizio. Ne segue forse che possa violarsi impunemente l'articolo 358?

L'idea dominante dell'articolo 358 è che *la deliberazione si faccia in segreto*, il che significa fra i soli giudici, nella calma e nel raccoglimento, e non fra il tumulto della pubblicità. È sotto questo rispetto che la condizione del *segreto* deve ritenersi essenziale alla deliberazione.

La nullità non essendo *dichiarata dalla legge*, emana dall'articolo 56, capoverso 1º. Io convengo che la redazione di questo articolo non è perfetta (*possono annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono la essenza*). Il dettato non giunge sino a comprendere quegli atti *la cui formazione* è posta sotto la più severa custodia della legge. Suppone atti di parte, atti già formati e di costruzione imperfetta, tanto è sotto ogni aspetto difficile scriver bene un Codice di procedura civile! La *deliberazione* non è un atto materiale che presenti alla censura una forma viziosa. Piuttosto deve dirsi che se la deliberazione si è fatta *in pubblico* essa nacque in condizioni che la legge reputa contrarie alla sua libertà, le mancò l'elemento vitale.

Per quanto riguarda la nullità, non credo che una *deliberazione civile* esiga quello scrupolo che si osserva in una deliberazione di giurati, che ogni comunicazione sia interdetta, che la presenza di persona non votante produca nullità, benchè ciò non sia regolare. Il *segreto* ha qui un senso meno rigoroso, sta in opposizione alla *pubblicità*, che è il requisito dell'udienza.

Se l'ordine della votazione non è tenuto; se la sentenza porta la dichiarazione della unanimità, tutto questo è pure irregolare, ma la sentenza non sarà nulla. Bisogna tener conto della modificazione portata dal nuovo Codice.

Articolo 360.

La sentenza deve contenere:

1º Il nome e cognome delle parti;

2º L'indicazione del loro domicilio, o della loro residenza o dimora;

3º Il nome e cognome dei procuratori;

4º Il tenore delle conclusioni delle parti, esclusi il fatto e i motivi;

5º L'enunciazione che il ministero pubblico sia stato sentito, quando ciò ebbe luogo;

6º I motivi in fatto e in diritto,

7º Il dispositivo,

8º L'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata;

9º La sottoscrizione di tutti i giudici che l'hanno pronunziata, e del cancelliere.

Articolo 361.

La sentenza è nulla:

1º Se siasi violato l'articolo 357;

2° Se sia omesso alcuno dei requisiti indicati nei numeri 4, 6, 7, 8 e 9 dell'articolo 360, salvo quanto è stabilito nell'articolo 473. I motivi si reputano omessi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un'altra sentenza;

3° Se non siasi sentito il ministero pubblico nei casi previsti dalla legge. Questa nullità può opporsi da qualunque delle parti se le conclusioni erano prescritte per ragione di materia, e negli altri casi solo dalla parte nel cui interesse erano prescritte.

Annotazioni.

I.

1. *Dei caratteri delle sentenze.* Non ci consta che le nozioni datesi dai Codici di procedura sulla varia natura delle sentenze siano state in qualche modo nocive alla pratica, come parve temere il legislatore nostro. Fortunatamente la teoria si è venuta rassodando coi moltiplici esempi e coi gravi studi che vi si son fatti intorno, in un subbietto che è, si può dire, il pane quotidiano dei giudizi. Noi accettiamo dunque di supplire in nome della scienza al silenzio del Codice, ma in quella parte soltanto ove il senso, non bene chiarito, potesse desiderare qualche illustrazione toccando del resto con rapidissimi cenni.

2. Importa di ben distinguere i vari ordini di giudicati non solamente in relazione all'appello e agli altri mezzi d'impugnazione, ma eziandio per se stessi: mentre da un lato il loro contenuto misura l'esercizio della giurisdizione, dall'altro preoccupa i futuri giudizi sull'identico soggetto, e porge le basi alle conseguenti eccezioni della cosa giudicata. La facoltà dell'appello potrebbe anco non usarsi, e nondimeno, e per quelli ed altri effetti che la esecuzione riguardano, esser d'uopo di richiamare a serio esame l'indole e qualità del giudicato.

3. È certo, e bisogna convenire che i nomi non aver libero cangiarne la essenza. È indubitato che, malgrado le definizioni legislative, il programma del Codice dovrebbe piegarsi alla realtà come si è veduto in esperienza più volte, quando il predicato si trovasse disconvenire dal vero essere delle cose. Se il giudicato contenga la sostanza o gli accidenti della questione, se sia ordinato ad uno sviluppo di mezzi ulteriori, o tronchi piuttosto, e definisca la questione proposta, per verità si riduce a un criterio logico, che niuna mente può respingere, che da verun legislatore può essere forzato. Tuttavolta fra codesti estremi vi sono delle gradazioni che, sfuggendo al dominio dei principii, al legislatore della procedura appartiene il determinare affinchè il valore che ottengono nell'ordine processuale sia conforme alle viste e al sistema del diritto positivo e non quale può variamente apprezzarsi nel campo della teorica. Ciò posto, vediamo ove si spinga e ove possa servirci di scorta il sistema del Codice.

Col nome di *sentenza* il Codice indica tutta la serie di quei giudicati che definiscono o in tutto o in parte, in un modo decisivo o in un modo transitorio e risolubile, la questione; onde la nota divisione di sentenze *definitive, interlocutorie o provvisionali*.

A) Sentenze definitive.

a) È totalmente definita la questione quando *post ipsam alia non ferenda sententia in eadem instantia*. È questo il vero e proprio carattere della sentenza definitiva. Tale è per conseguenza quella con cui è dichiarata la *incompetenza del tribunale*. Tale è quella sentenza che tronca per sempre la questione per una eccezione perentoria anche toccante il merito intrinseco o la esistenza del diritto, come sarebbe la cosa giudicata o la prescrizione; tale similmente è quella che altre volte fu chiamata impropriamente *incidentale*, che dichiara la perenzione la quale s'incorre di pieno diritto, e tuttavia per circostanze specialmente di fatto può disputarsi se sia veramente incorsa.

A noi conviene, io penso, semplificare la nomenclatura delle sentenze, e così togliere via anche gl'imbarazzi che conseguono da denominazioni di sovente equivoche, lasciando fuori quelle che solevamo chiamare *sentenze incidentali*, che in sostanza si risolvono in definitive o in interlocutorie. La dottrina classica che teniamo dal diritto canonico non conosceva infatti quel *medium genus*, che rivela bensì la propria origine nascente da una controversia principale e non ne comprende la totalità, ma che nondimeno può riuscire definitiva levando di mezzo interamente la lite o la questione, che n'è il subbietto, come dagli esempi della perenzione e della prescrizione è fatto palese (1).

(1) Mi riservo di dare ulteriori schiarimenti nel seguito di questa nota alla lettera C.

b) Alla categoria delle sentenze definitive devono pure rassegnarsi quelle che i francesi appellano *jugement d'homologation*, poichè, mentre l'autorità giudiziaria pone il suo suggello a convenzioni, ad atti, a pronunciati che non sarebbero altrimenti eseguibili, come le decisioni degli arbitri rende un giudizio *mediante il quale la sua giurisdizione rimane esaurita*.

c) *Anche le contumaciali sono sentenze definitive*. Esse possono cessare di esistere, come può cessare di esistere ogni altra sentenza che non passata in giudicato è soggetta ad *impugnazione*. Ma il suo valore, in se stessa considerata, è di sentenza definitiva. E talmente la è, che non permane in altra forma *appresso la opposizione*, ma in ogni parte si risolve ed annulla.

d) *Il processo esecutivo*, nel quale si realizzano i risultati delle decisioni di diritto, presenta pure nei vari suoi aspetti ogni ordine di sentenze, e tante vi hanno sentenze definitive quante includono prescrizioni o determinazioni sopra un dato punto della procedura, oltre le quali in relazione a quell'oggetto, l'autorità giudiziaria non ha più nulla a risolvere. Così quantunque il processo esecutivo rappresenti una successione di atti che dal pegno giudiziale si estende sino alla sua completa realizzazione e al soddisfacimento del debito, è però distinto in più parti e periodi per sè stanti; onde definitiva è la sentenza di vendita, definitiva del pari la sentenza di graduazione, e così dicasi di altre nella sfera del proprio oggetto.

e) Sono definitive le sentenze onde il giudice, ripiegandosi sul proprio potere, lo afferma o lo nega, si dichiara competente o incompetente: *unus est judicis existimare an sit jurisdictio* (Leg. 5, Dig. de jurisdict.). Talora è stato ritenuto che la decisione della *competenza* sia qualche altra cosa da una sentenza definitiva: una interlocutoria o incidentale. Sarebbe errore il tenerla interlocutoria, e per lo meno una superfluità chiamarla incidentale, comunque proceda da una istanza o eccezione che *incidit* nella lite; la quale si viene poi svolgendo nel merito e rimane in possesso della giurisdizione che affermò se stessa. Il soggetto della competenza è pienamente esaurito, e tale decisione avendo verso il giudizio di fondo la relazione di *causalità*, esiste per se stessa, non si complica con quello e non ne dipende (1).

f) Finalmente sono definitive le sentenze che *assolvono dalla osservanza del giudizio*. La formula familiare all'antica pratica vive ancora, e si vede spesso riprodotta, e consiste nella reiezione dell'istanza per motivi che non impediscono il rinnovamento dell'esercizio dell'azione medesima, e generalmente fondati nei vizi del libello o nel difetto delle prove.

B) *Delle sentenze provvisionali.*

L'articolo 200 del cessato Codice ce ne porse la nozione seguente: « Sono provvisionali le « sentenze che ordinano provvedimenti interi- « nali allo scopo di prevenire o di riparare « agli inconvenienti cui potrebbero soggiacere « le parti o gli oggetti contestati o la cosa « pubblica durante il tempo necessario a de- « cidere la causa sul merito ». Possiamo accettarla. Si discernono dalle definitive appunto perchè provvisionali e creano uno stato di cose che non deve durare che sino a un certo tempo, ed è subordinato alla decisione finale; si discernono dalle interlocutorie perchè non decidono un punto qualunque della lite e non fanno avanzare la questione del merito. Ma sono gravatorie, e quindi appellabili, sia per la molestia che recano colle ingiunzioni che contengono, limitative dell'uso, del possesso o anche di un diritto, sia perchè sono argomento di un criterio estimativo che dovrà influire sul futuro giudizio.

C) *Delle sentenze interlocutorie.*

Precedenti storici. — *a*) Sul senso generale della parola, non vi è stata varietà in verun tempo: è la sentenza che il giudice pronuncia sopra un incidente della lite, e prima di decidere la *interloquitur* (Leg. 7 Cod. de sent. et interlocut., Leg. 2 de appellat. recip.). Nè il tempo o la volubilità degli umani giudizi può immutare ciò che è fondato nella natura delle cose: e se il concetto dell'interlocutoria dall'antico al moderno tempo è variato, non lo è che in un rapporto estrinseco, per limitare cioè la giurisdizione del giudice che la pronuncia, fare anticipata ragione delle preoccupazioni che si formano nella mente sua e favorire lo sviluppo e la libertà dei giudizi mediante l'appellazione. Queste sono le alte e razionali vedute del concetto moderno. Gli antichi non vedevano all'incontro alcun pregiudizio nel decreto interlocutorio, il giudice

(1) Perciò la dottrina che poneva simili sentenze fra le interlocutorie aggiungeva: *habere vim definitivae*. Abbas, cap. *Ex parte*, num. 5, *De rescriptis*; Glossa, *In auth. nisi Cod. de filiis pro parte*. Noi crediamo che quella formola si applichi meglio alla sentenza interlocutoria, come or ora diremo.

poteva ritrattarlo e non averci riguardo: *quod jussit vetuitve praetor, contrario imperio tollere et repetere licet*, dice Celso, apoftegma applicato al dominio del giudice sul proprio interlocutorio, mentre la definitiva sentenza soltanto esauriva la sua giurisdizione (Voet, *ad Tit. de sent. et re judic.*, num. 4). Onde troviamo espresso nella Leg. 36 Cod. de appellat., che appello non si accordava dall'interlocutoria: *oportet post omnem litem jam tunc appellationem vel litem neque enim laeditur quis, si interea facta fuerit interlocutio quae illi denegat jus competens, idest, aut testium productionem aut relectionem instrumenti.* I regolamenti di prove loro informati a cotali principii non ammettono di fatto la *pregiudizialità* dell'interlocutorio, che non lega mai il giudice, non acquista mai il valore di cosa giudicata, e per quanto concerne la decisione definitiva, si ritiene come non emanato (§ 595 del Regolamento pontificio 16 novembre 1834).

Non fu uno degli ultimi sintomi della nuova civiltà giudiziaria il sentito bisogno di estendere la importanza della sentenza interlocutoria. Allora si ebbero gl'interlocutorii, che, eziandio non decidendo la istanza introduttiva nel proprio oggetto, si dissero *habere vim sententiae definitivae*: tali si consideravano quelli che *litem perimebant*: la pronunzia della deserzione d'appello, l'assoluzione dalla osservanza del giudizio, la dichiarazione d'incompetenza. La dottrina, sempre progressiva, veniva preparando le nuove idee, coll'aggiungere che dove il giudice imponesse *aliquid dari vel fieri a parte*, la sentenza entrasse nell'ordine di quelle che *habent vim definitivae* (Bartolus, in *Leg. nec quicquam de offic. procons.*, Maranta, *Spec. aur. de sententia*). La legislazione canonica, che tanto largheggia nel diritto dell'appello, fu pronta ad accordarlo contro gli interlocutorii che avevano questo carattere, con limitazioni e distinzioni che a noi non occorre ricordare (Glossa, in *cap. ultim. de election.* in 6°, Pirhing, *Ad Tit. de sent. et re judic.*, Abbas in *cap. pervenit 28 de appellation.*). Il che per altro non avveniva del *semplice* interlocutorio, specialmente per quanto si riferiva all'ammissione o reiezione delle prove, che poteva pronunciarsi *judice pro tribunali non sedente*, a sette le parti e senza forma di giudizio (*Leg. decem perferre Dig. de recept. arbitr.*, et ibi Bartolus, Glossa in *Leg. nec quicquam Dig. de offic. procons.*, Reiffenstuel *ad Tit. de sent. et re judic.*).

b. Dell'ordinanze e delle sentenze interlocutorie e loro appellabilità.

È stato detto con sottile accorgimento che « la interlocutoria, la quale decide veramente « un punto di diritto ordinando come conse« guenza del punto deciso un provvedimento « probatorio, non è una *sentenza semplice*, ma « *essenzialmente composta di due*, che sono, « la sentenza definitiva del punto deciso di « diritto, e la sentenza che ordina un atto di « istruzione ulteriore » (Pescatore, *Logica del diritto*, vol. I, pag. 213). L'aggiustatezza di siffatto criterio è perspicua nel tema probatorio. Vi hanno casi per altro nei quali si risolve una controversia incidente, senza ordinare veruna istruzione ulteriore, che però dallo stesso tenore della decisione è supposta. Tal è la sentenza che ammette l'intervento in causa di un terzo o la domanda in garanzia. Non avremo allora, a dir proprio, due sentenze, ma una sola, perchè in effetto nulla si ordina ulteriormente all'ammissione dell'intervento. Contuttociò la sentenza è bene interlocutoria. Ma al postutto la interlocutoria si divide evidentemente dalla definitiva in ciò, che quest'ultima spoglia il giudice della giurisdizione, e quindi, secondo le osservazioni già premesse, sentenza definitiva non è solamente quella *quae principalem quaestionem deponit*, ma più generalmente quella *quae imponit finem causae, et per quam expirat judicis officium*. Ne diedi esempio nella sentenza di *deserzione d'appello*, e tanti altri è facile aggiungerne. Osservai che in questa facoltà che ci è lasciata dal legislatore di attribuire ai pronunziati giudiziari denominazioni razionali, si poteva mettere dall'un dei lati la *sentenza incidentale* che si risolve in interlocutoria semplice o mista, ovvero in definitiva, quantunque incidenti nel giudizio ci siano, e tanti quante sono le istanze dirette ad ottenere qualche pronunzia che non sia la decisione del merito principale.

Ciò che essenzialmente distingue la risoluzione *preparatoria* dalla sentenza interlocutoria che fa stato nella causa e produce effetti giuridici di ben maggiore gravità, si è che questa *include sempre una decisione di sostanza*, e rispetto allo scopo finale che si contende, crea un rapporto nuovo di diritto, in guisa che dopo di quella le parti non si trovano più in quella condizione d'integrità in cui erano innanzi. Nasce insomma un *pregiudizio*, un gravame, uno stato di superiorità e d'inferiorità giuridica rispettiva. Chi si oppone all'ammissione della prova testimoniale, della perizia, della chiamata in garanzia, e via discorrendo, deciso in contrario il punto di diritto, o ha perduto in gran parte la probabilità della vittoria, o anche si vede respinto in

un campo di questione nel quale non potrà più sostenersi.

Così la teoria spazia liberamente, ma anche una volta, la difficoltà sorge nella pratica, e qui è nello *stabilire quando il pregiudizio esista*. Ed è un compito che appartiene ai giudici d'appello e di cassazione nei rispettivi gradi, regole certe non si potrebbero facilmente proporre. In massima si può avvertire: 1° Che a qualificare la interlocutoria mista di definitiva e pregiudiziale non è sempre necessario che vi sia stata *contestazione*, come ritiene l'articolo 200 del Codice di procedura del 1859, ma principalmente dipende *dalla relazione che ha il giudicato col merito della questione*; 2° Che per altro il moto spontaneo del giudice, un manifesto intendimento subbiettivo, ad illuminare con qualche saggio preliminare di prova la propria coscienza, ordinando, per esempio, un accesso giudiziale, lo stato primitivo, e si direbbe ancor vergine della causa, le clausole preservative che sogliono apporsi (*prima e avanti ogni cosa*), sono caratteri delle risoluzioni che diciamo *preparatorie*, le impressioni che se ne raccolgono non sono che nozioni, siamo ancora in cerca di una verità problematica, e il giudizio dell'animo è ancora chiuso; 3° La *contestazione*, come or ora si è detto, non è requisito necessario a caratterizzare la sentenza interlocutoria, mentre il gravame di essa potrà anche discutersi *ex primo*, e contestarsi in appello. All'incontro la *contestazione* denota l'interesse della opposizione, e *l'interesse appunto determina il gravame*; 4° Che l'indole del pronunziato si toglie dalla *declaratoria*, dal DISPOSITIVO, non dai motivi: ciò in generale. Senonchè una dichiarazione dubbia, o tale che farebbe credere alla perfetta indifferenza del criterio di chi giudica, dalla esposizione dei motivi potrebbe risultare preventrice e dannosa. (*Delle attinenze fra i motivi e la decisione* tratteremo più avanti).

Per regola generale ogni sentenza interlocutoria è di diritto appellabile, *in quanto è definitiva, in quanto cioè definisce, senza ritorno sullo stesso subbietto, una delle controversie intermedie della lite*. È un nuovo stato della questione, e non soltanto un nuovo stato dell'istruzione e del processo. Il passo della relazione dato nel proemio ci mostra che il legislatore ha ritenuto di esibire una completa separazione di codesti concetti nelle due voci cardinali — di *ordinanza* e di *sentenza* — quasi ogni ordinanza sia preparatoria, ogni sentenza abbia forza di definitiva, e sia perciò appellabile. Ciò è chiaro rispetto alle *ordinanze* emesse da giudici singolari nelle cause recate a un ordine collegiale, e sono di due specie *consensuali*, atte a contenere risoluzioni gravi in rapporto al merito, ma coperte dal contratto giudiziale (articolo 181, ecc.), e non *consensuali o contraddette*, che però non acquistano virtù di sentenza se non dopo la decisione del collegio. Per quanto spetta alle *sentenze*, la distinzione non è altrettanto sicura, non ogni *sentenza* involve gravame, quindi non ogni sentenza non appellata influisce colla forza della cosa giudicata sulle determinazioni successive. Vi sono di fatti delle sentenze *meramente preparatorie*, come si è già osservato.

II

Intorno al num. 3 dell'articolo 360. — Ogni atto che contiene domanda o eccezione in giudizio, consta di *conclusione*, che è la dichiarazione del proprio oggetto. Qui non si parla che delle conclusioni finali e divenute invariabili, che sono prescritte pei rispettivi giudizi dagli articoli 176, 350 e 400. La sentenza non fa che rispondere alle conclusioni: *quoniam ita jussit ut judex constitutus jubeatur de re cognoscere et qua de re cognovit etiam pronunciare*.

L'articolo 205 del Codice sardo del 1854 accennava alle conclusioni *lette all'udienza*: la redazione avea fatto nascere delle dubbiezze e sollevate questioni, quasichè la lettura all'udienza fosse tal condizione che, mancata, accusasse la sentenza dell'aver omesse le conclusioni (cassazione, 2 dicembre 1857, Bettini, tom. IX, part. 1ª, pag. 843). Nel Codice del 1859 piacque invece quest'altra dizione: *il tenore delle conclusioni prese in iscritto* (articolo 204). L'ultima è la migliore. Le conclusioni generalmente si comunicano per iscritto, ma ve n'ha delle verbali, quelle avanti i pretori (articolo 412).

III.

Intorno al num. 5° dell'articolo 360. — Abbiamo in questo numero che la sentenza deve contenere *la enunciazione che il ministero pubblico sia stato sentito quando*, ecc. Poi al num. 2° dell'articolo seguente la inosservanza si vede sfuggire alla nullità. Indi nel num. 3° la sentenza è nulla *se non siasi sentito il ministero pubblico nei casi*, ecc. Evidentemente la *enunciazione è distinta dal fatto*: quindi potrà d'altronde provarsi che il ministero pubblico è stato sentito.

IV

Intorno al num. 6° del suddetto articolo. — Non faremo che ricordare le regole, del resto

abbastanza note, di questa materia d'uso giornaliero e continuo.

1. Le *ordinanze* (perchè non sentenze) non sottostanno alla legge della motivazione. Ma ogni *sentenza* (non escluse le contumaciali) dev'*essere* motivata, pure nel supposto che non sia che *preparatoria*. Si è già osservato al num. II di questa nota che non tutte le sentenze preparatorie compariscono in forma di ordinanza. Si aggiunge a schiarimento la produzione di un conto, di una perizia: non si offende il merito, non si torce un capello a veruno dei litiganti: pure ci vogliono i motivi non solo per la ragione morale che vi si congiunge, ma *perchè è una forma essenziale* della sentenza. Ed è la ragione principale. Ce n'è un'altra pure d'ordine giudiziario, lasciate quelle di un ordine più elevato e generale. Nei motivi la sentenza, il che è pure comune a ogni sentenza, deve render conto di sè onde sia possibile il sindacato dei giudici superiori.

2. La legge dice — *motivi in fatto e in diritto* — ma la decisione può essere semplicemente fondata in ragioni di fatto, onde nasce un diritto semplice e piano che non importa motivare: o trattasi di una disputazione di diritto, si può partire dalla più semplice enunciativa del fatto o riportarsi agli atti quanto al fatto, intendo con ciò non essere obbligatoria la motivazione del duplice aspetto che sembra risultare dalla lettera dell'articolo.

3. *La motivazione presenta una serie di giudizi analitici*: espone cioè il giudizio insieme all'elemento razionale che vi è contenuto nel punto di vista del giudice. Talvolta la proposizione consta di più giudizi senza che perciò sia esposta la ragione analitica: *attesochè l'atto è nullo* è un giudizio, — *perchè non è conforme alla legge* ecco un secondo giudizio che enuncia la sconvenienza del rapporto fra l'atto e la legge: manca ancora la dimostrazione. Se io cito la legge, la dimostrazione è fatta mentre presento la *ragione concreta* in cui mi appoggio. Ma non basta sempre. *La sufficienza della motivazione* ha la sua misura nella qualità della questione che sorge a reclamare l'applicazione dei miei criterii. Se la disputa verte appunto sulla intelligenza della legge, ed io mi restringo a citare la legge, non dico nulla: io debbo giustificare o respingere la interpretazione che se ne fece. Ciò è manifesto. Havvi dunque dell'indefinito, e sopratutto dello specifico e del contingente, onde in questo tema i decreti sono quasi tutti singolari e, come dicono, di specie.

La giurisprudenza si è di buon'ora impadronita di un tema che si espande largamente fuori del testo, e richiede altre discipline. Aprendo i repertorii e quante sono le benemerite *collezioni*, che vanno per l'Italia, e fanno testimonianza di un nuovo interesse per la scienza oltre le francesi, la messe abbonda ed ogni giorno cresce. Ecco quanto può raccogliersi in alcuni lemmi a modo di teorica.

a) Rapporto fra le conclusioni e la motivazione. È lo stesso rapporto che esiste fra la *conclusione* e la *disposizione*: il motivo non è che la dimostrazione razionale di questa. Le tre forme adunque sono riunite da un nesso logico inseparabile. Nondimeno il motivo è di una natura più ampia e indeterminato, si può decidere un punto di fatto o di diritto per più ragioni e per ragioni molto diverse. Si deve sapere perchè si è deciso così. Lo scopo della *conclusione* è di presentare delle formole abbastanza precise dalle quali possa chiaramente raccogliersi la intenzione del richiedente. Noi troviamo spesso nelle nostre decisioni che le domande o le eccezioni, per aver diritto di reclamare una motivazione a parte e loro propria, devono presentarsi in conclusioni specifiche (1). Bisogna però convenire che, trattandosi specialmente di eccezioni, norma assoluta non c'è, e impropriamente si parla di conclusioni specifiche o non specifiche, mentre le eccezioni *devono essere bensì chiaramente formulate nelle conclusioni*, non sono sempre però conclusioni esse stesse, ma piuttosto *argomenti e mezzi* che vi danno appoggio. Alcune regole potrebbero tracciarsi: 1° Che la eccezione sia chiaramente, espressamente dedotta, con una certa insistenza e non alla sfuggita in mezzo ad altri argomenti, e si mostri interessante nella questione; 2° Che si perseveri nella eccezione alla conclusione finale prescritta nei giudizi ordinarii (articolo 176), senzachè si avrebbe per abbandonata.

b) Determinare il carattere della motivazione in ordine alla sua sufficienza, concretezza e verità. È sempre sufficiente ciò che adempie allo scopo. Fortunati quelli che sanno esprimere un argomento nitido e chiaro in poche parole! Il metodo è quello che esige la natura della istanza o della obbiezione. È affare di

(1) [illegible], 27 febbraio 1861 (Gazzetta dei Tribunali, pag. [illegible]), [illegible] settembre 1861 (Gazzetta dei Tribunali, pag. 109), 3 settembre 1861 (Gazzetta dei Tribunali, pag. 341).

fatto. Ordinariamente la difficoltà si prova quando trattasi di confutare la obbiezione. Un sistema diverso d'idee tenuto dal tribunale può valere una confutazione; si consiglia però di rispondere direttamente, mostrando che ce ne occupiamo di proposito (1). Il linguaggio dei fatti, eziandio disgiunto da ragionamenti, suol esser decisivo, è, si direbbe, la motivazione per eccellenza (2). Talvolta basterà qualificare con un cenno una prova controversa, trattandosi di capitoli testimoniali, il rigettarli come inutili parve aver soddisfatto alla motivazione (3); sennonchè ove fosse nata questione espressa sulla concludenza di essa prova, la *inutilità* non sarebbe più che la conseguenza, e dovrebbe esser preceduta dal ragionamento.

Insomma la *sufficienza* della motivazione è un criterio che si modifica dal subbietto, e si determina dalla sua relazione col subbietto medesimo.

Perciò dev'esser *concreta*, cioè, applicata alla soluzione del problema che si offre alla mente del giudice: deve comprenderlo.

È dunque, ripetiamolo, una *questione di relazione*: la bontà del ragionamento, la verità dell'assunto non cade in questo esame. Fin qui non si discorre che *della esistenza dei motivi*.

Alla esistenza dei motivi appartiene la chiarezza della esposizione. Inetta, confusa, inconcludente, non produce quel sommo effetto che si ricerca: *la persuasione dell'opera ragionevole del giudice*. Quindi si è ritenuto giustamente che la contraddizione equivale alla mancanza di motivi.

Un limite è necessario onde la difesa non abusi dei suoi diritti. Quindi è stabilito in una giurisprudenza notissima, che non è mestieri occuparsi di ogni argomento della difesa; che non tutti i mezzi devono confutarsi, che la una ipotesi potente può anche abbattere tutto un sistema di mezzi, che nell'ordine stesso dei motivi alcuni prevalgono e soprastanno, e si chiamano *determinanti*, e una relazione mista di motivi fiacchi ed inetta può reggersi per quelli.

La motivazione è la espressione dell'animo e non della verità. Tuttavia quando si disputa del valore giuridico delle proposizioni nelle quali la sentenza si fonda, la stessa gradazione dei motivi è considerevole, essendosi appunto dalla varia forza dei motivi dedotta la massima pure notissima e comune, che *la bontà dei motivi che determinarono il giudizio*, influendo in modo principale sulla decisione, *rende l'errore dei secondarii e lo rende innocuo* (4).

c) *Dichiarare se la motivazione per relazione sia legittima.* In tre modi può verificarsi: 1° Quando il giudice si riferisce agli atti della causa, alle conclusioni o alle difese delle parti; 2° Quando si riferisce alle conclusioni del pubblico ministero; 3° Quando, confermando una sentenza, adotta e fa proprî i motivi del primo giudice.

Lo studio, l'attenzione, la seria applicazione della mente, ecco ciò che la legge esige dal giudice, e vuole averne la prova nella saggezza e maturità dei suoi dettamenti. Non esito a dire che tutti i metodi del motivare per relazione sono spurii e da rigettarsi. Come opera del giudice è la disposizione, così deve essere il ragionamento che la condusse. Non parlando del primo sistema, che non potrebbe giammai tornare soddisfacente, e sarebbe sempre incompleto, e rammenta quei tempi nei quali il procuratore prendeva parte nella redazione della sentenza, io condanno anche il secondo. Vero è che alcune nostre decisioni ammisero il riferimento alle conclusioni scritte del pubblico ministero (5), escludendo però un riferimento complessivo e indistinto (6). Questa pratica ha ceduto a determinazioni più conformi allo spirito della legge.

Giustificare il proprio giudicato con ragioni da altri pensate benchè si accolga la conclusione medesima, ha eccitata la critica dei più saggi maestri in procedura, onde il consenso della giurisprudenza si qualifica per *tolleranza* (Boncenne, Favard de Langlade, v° *Jugement*, Dalloz, ecc.), e non soddisfece alla ragione. Dappertutto fu posto il limite che già s'intende da sè, che nuove eccezioni non siano apparse in appello, richiedenti particolare motivazione. La nostra legge ha opportunamente spiegato ciò che restava dubbio nella precedente. Ivi pure era stanziato (articolo 2 ...) che fra i requisiti della sentenza si riteneva sostan-

(1) Cassazione, 30 gennaio 1862 (*Gazz. dei Tribunali*, p. 23), 11 aprile 1856 (Bettini, t. VIII, p. 910).

(2) Cassazione, 31 maggio 1861 (*Gazzetta dei Tribunali*, pag. 74), 11 aprile 1857 (Bettini, pag. 96, idem, tom. IX, part. I, pag. 395).

(3) Cassazione, 16 gennaio 1861 (*Gazzetta dei Tribunali*, pag. 391).

(4) Cassazione, 10 dicembre 1857 (Bettini), t. IX, part. I, pag. 837; 3 gennaio 1851 (Bettini, t. III, part. I, pag. 77), 2 luglio 1850 (Bettini, tom. II, part. I, pag. 570); 3 aprile 1861 (*Gazz. dei Trib.*).

(5) Cassazione, 9 novembre 1857 (Bettini, t. IX, part. I, pag. 870; Id., pag. 21, appendice, 1857; Id., pag. 407), 28 agosto 1851, ecc.

(6) Cassazione, 11 marzo 1857, Bettini, tom. IX, part. I, pag. 230.

siale la enunciazione dei motivi che avevano determinata la decisione, e successivamente era dichiarato che la omissione intera dei motivi era causa di nullità. Ma era ancora a sapersi *se il riferirsi totalmente* ai motivi enunziati dai primi giudici fosse un mancare al debito della motivazione. La nuova legge ha veduto che ciò non bastava, il perchè aggiunse: « *I motivi si reputano omessi* quando « la sentenza siasi *puramente* riferita a quelli « di un'altra sentenza ».

d. *Fare dei capi distinti altrettante sentenze per limitare la nullità a quello infetto dal vizio della motivazione.* *Tot capita, tot sententiae*: la giurisprudenza francese si è trovata concorde nelle conseguenze di questo principio. Con una estensione perfettamente logica si è anche ritenuto che vi ha sufficienza di motivi quando uno dei capi principali ne contiene di tali che possono applicarsi eziandio ai subalterni (*Dictionnaire général*, v° *Jugement*, n° 232, ecc., Chauveau in Carré, q. 595). Noi pure abbiamo finito coll'adottare questa giurisprudenza e molte decisioni, di cui ricorderò due soltanto (3 agosto 1862, *Gazzetta dei tribunali*, pag. 410, e 11 dicembre 1862, pag. 506) ne fanno fede dal 1859 in poi, mentre era invalsa l'opinione che, secondo l'anteriore Codice sardo del 1854, non si potesse annullare parzialmente una sentenza quantunque in più capi distinta.

e) *Avvisare le attinenze della parte razionale e della dispositiva.* I motivi portano luce sul dispositivo incerto e dubbio, ma qualora si trovino in contraddizione con esso (peccato imperdonabile, ultimo grado d'inerzia intellettuale[1]), il dispositivo resta da sè in tutto il suo vigore (Cassazione, 26 giugno 1862, *Gazzetta dei tribunali*, pag. 664), e si verifica il principio che la forza della sentenza è riposta nella parte dispositiva anzichè nei motivi.

Ma può forse concepirsi una sentenza che contenga dei motivi opposti e contrastanti alla decisione? Una tale sentenza non è forse colpita dalla censura della legge? Non si vuol prevenire ciò che sarà oggetto di esame al n° 9 dell'art. 517. Noi supponiamo ora che la sentenza non sia stata denunziata alla cassazione, e si tratti di conoscere del suo valore come cosa giudicata. La sentenza è opera collettiva, nessun dubbio; è un insieme di parti sostanziali e accidentali che si corrispondono, ma la nullità, che dalla discordia di alcuna di esse parti, e dalla interruzione del suo organismo deriva, dev'essere invocata e pronunciata dall'autorità competente. Passiamo anche sopra la questione se la contraddizione che fa incorrere nella nullità sancita dal n° 9 dell'art. 517 sia quella che esiste fra il ragionamento e la disposizione, o piuttosto fra le disposizioni medesime. Ristretti al nostro tema della motivazione, diciamo pertanto che *sotto l'aspetto della cosa giudicata*, la motivazione e la disposizione sono cose del tutto distinte, ed è sempre *la declaratoria che passa in giudicato*: essa trae la propria forza da se stessa, e non è lecito darvi una estensione non compatibile col suo dettato e colla sua formola, per induzione più o meno spontanea che si faccia dai motivi, secondo i saggi ammonimenti del nostro Pescatore (*Logica del diritto*, v. 1, p. 249 e 250).

V.

Poche avvertenze che specialmente riguardano l'art. 361. La *omissione* di quei requisiti che sono segnati al n° 2 produce nullità. *Omissione* s'intende totale; esclude la *imperfezione* che è tema di critica rispetto alle parti intellettuali, quali il richiamo delle conclusioni, i motivi e il dispositivo, laddove nelle materiali (n° 8 e 9) non si concepisce che la omissione pura e semplice. Ha una vera importanza quel rinvio all'art. 473, ma trovandosi quella disposizione in altro luogo, e formando quasi complemento di un sistema speciale, ne parleremo a suo tempo.

Può far meraviglia il non vedere fra i requisiti necessari quello del n° 1 dell'art. 360. Come non sarebbe nulla una sentenza che mancasse *del nome e cognome delle parti*? È una lacuna dell'articolo, o ha la sua ragione il silenzio? Lasciate che io lo dica: mi entra nell'animo il sospetto di una dimenticanza. Nondimeno in tema di nullità non si può aggiungere alla legge, onde avrà luogo la rettificazione secondo l'articolo 473.

VI.

Sul pregiudizio delle sentenze interlocutorie.

(Dalla seconda edizione)

Non è sfuggito agli studiosi del Codice di procedura che in più luoghi si viene accennando a *sentenze interlocutorie*, senza che la nozione se ne trovi posta in veruna parte del Codice; e ciò può sembrar più grave in quanto si vedeva molto chiaramente espressa all'articolo 200 della procedura sarda del 1859.

Il legislatore ha stimato che non fosse d'uopo insistere in una distinzione che, per quanto si attiene al metodo processuale, non produrrebbe effetti distinti. Quel pronunciato

giudiziario che non è nè un *decreto* nè una *ordinanza*, è una *sentenza*. Ogni sentenza è appellabile, con ristrette e specifiche limitazioni (articolo 481). Adunque o abbia carattere preparatorio o interlocutorio la sentenza; e sia di tutta la causa o solo di qualche punto definitiva, ciò potrà importare per le conseguenze di diritto, ma in ordine al rito giudiziario nulla conclude, e intanto la nomenclatura si è semplificata.

Io sento che non c'è da rallegrarsi, e sono con quelli che avrebbero voluto veder conservata nel nuovo Codice la classificazione che ci offriva l'articolo 200 del Codice sardo, attesa la chiarezza di cui era fonte.

Tuttavia noi dobbiamo ritenere, innanzi al diritto i caratteri distintivi delle sentenze, e perchè non è mai stato intendimento del legislatore di cancellarne le sostanziali e proprie differenze, e perchè radicate nella essenza delle cose, sono in realtà incancellabili. In questa persuasione io dedussi francamente nel commento del Codice non pochi corollari di ragione dall'indole propria delle sentenze interlocutorie, che intanto sono suscettibili di *fare stato nella questione*, partorire nuovi rapporti giuridici, ed elevarsi a dignità di cosa giudicata, in quanto *influiscono sul merito*, o, con altre parole, in quanto *recano pregiudizio* (1).

Resta dunque ferma con tutta l'importanza e la potenza di un principio la distinzione fra *sentenza preparatoria* e *interlocutoria*, ma l'argomento, come diceva or ora, non interessa la teoria dell'appellabilità. Secondo la procedura francese la *sentenza preparatoria* non è appellabile che colla sentenza definitiva; ma è per sè appellabile la *interlocutoria* (2). In tali sistemi adunque la qualità della sentenza produce effetti immediati sul rito, poichè da essa dipende il diritto appellatorio, quando si ha una legge che apre la porta dell'appello ad ogni sorta di sentenze, la questione riducendosi non alla facoltà di appellare, ma alla giustizia dell'appello, la procedura la cosa è più semplice. Ed infine non molto diversa in ordine alla economia dei giudizi. Poichè ad ogni modo per decidere se la sentenza sia fra le appellabili, è d'uopo esperire un giudizio d'appello.

Ma lasciamo di questo. Noi troviamo che la decisione interlocutoria assorbe una frazione del merito qualunque sia, e che la parte favorita dalla decisione ha fatto acquisto di una posizione giuridica migliore di quella del suo avversario. È giustizia che gli sia conservata. Il giudice deve rispettare questa posizione che la sua decisione ha creata ad uno dei litiganti; quindi il vincolo che restringe la sua podestà nel futuro, come in parte esaurita.

Ciò in astratto. In concreto bisognerà vedere il *quid decisum*, se l'interlocutoria inchiuda la definitiva risoluzione di taluno dei punti della controversia, e forse del principale, ovvero non faccia altro che stabilire una condizione processuale favorevole ad una delle parti, senza decidere precisamente un punto controverso.

Il giudice può ritenere provata un'azione, oggetto di contestazione, e in seguito di questo criterio da lui formato, ordinare delle prove che non avrebbero veruna ragione, se non fosse stata ammessa in principio la pertinenza dell'azione. Questa decisione di un diritto come sostrato certo e necessario del mezzo d'istruzione ordinato dal giudice, può essere *esplicita* od *implicita*, nel primo caso la difficoltà è anche minore in linea di fatto. Se il giudice la dichiara espressamente nei motivi (non parliamo del dispositivo, poichè allora la questione è decisa formalmente), non vi sarà più dubbio, ma senza espressamente dichiararla, può render del pari manifesto l'animo suo. Tizio sè dicendo erede di Caio e coerede di Sempronio domanda la divisione de' beni ereditari, e quindi la nomina di periti per effettuare la divisione. Il convenuto contraddice la pretesa, respinge la nomina dei periti. Il tribunale nomina i periti. In tali casi il declinare da qualunque motivazione di diritto non sembra possibile. La sentenza potrebbe correr pericolo di annullamento da questo lato. Ma checchessia della forma dei motivi, la conclu-

---

(1) L'articolo 204 deduceva la nozione dell'interlocutorio anche dal fatto estrinseco del contrasto: l'opposizione fatta ed il giudizio contraddittorio facevano fede dell'interesse che le parti avevano rispettivamente di vincere.

(2) Il regolamento romano invece così disponeva per le sentenze interlocutorie. Ivi l'interlocutoria può ritrattarsi dal giudice che l'ha pronunciata (§ 193), seguendo il principio del diritto romano (Leg. 10, § ult., de rec. arbitr.). Il giudice non è in modo alcuno vincolato dalla precedente interlocutoria. Si è ammessa una perizia, motivando che l'azione è provata in genere, ma vuolsi determinare la somma del credito? Se tutto ciò non risulta che da sentenza interlocutoria, non tanto può il giudice ritrattarla [illegible] nella decisione del merito dichiarare che non sussiste il diritto all'azione (§ 93). Vero è che la sentenza incidentale che decideva un punto disputato si diceva *habere vim definitivae*.

sione accusa inesorabilmente la premessa: *il punto fondamentale della questione è stato deciso*.

Non sempre il giudice si trova in condizione così precisata quando ammette una prova. Può farsi un'altra ipotesi che si verifica ogni giorno che *la prova non sia la conseguenza di una decisione che attribuisca un diritto*, ma semplicemente un modo di esperimentare se il diritto esista o non esista. Si vuol provare un fatto che in questo caso è la sorgente di un diritto, il fondamento della domanda. Pietro si lagna che Paolo ha tagliato o fatto tagliare certe piante del suo verziere, o ha fatto altra cosa che gli apporta un danno. Il giudice ammette dei capitoli testimoniali, malgrado la resistenza di Paolo. Pronuncia una interlocutoria, ma non preoccupa la risoluzione del merito in quanto dipende dall'esito delle prove: il giudice non ha deciso verun articolo controverso, ha semplicemente riconosciuto che *le prove sono influenti*, quanto dire sono in rapporto logico colla intenzione dell'attore, e perciò le ha ammesse.

Intorno a questo punto ho udita qualche dotta polemica sostenere che « il giudice non « possa emettere una interlocutoria senza di« scutere nei motivi la rilevanza della prova, e « *non possa ammetterla che affermandola come* « *decisiva* » (*La Legge*, n° 20, anno 1867).

Ciò non pertanto si soggiungeva come complemento della dottrina « egli rimane sempre « libero e non vincolato a quei motivi nel pro« nunziare il giudizio definitivo ».

Mi varrò di queste osservazioni, sulle quali non voglio fermarmi, per avvalorare il mio discorso.

Ho detto che in questa specie frequentissima il giudice non risolve verun punto della controversia, e non può difatti risolverla: non può affermare *che la prova sarà decisiva*, ammessi dei capitoli testimoniali proposti dall'attore, come potrà dire che quella prova sarà decisiva in confronto della *prova contraria* che potrà distruggerla?

Ma in che dunque consiste il *pregiudizio* che rende l'interlocutorio appellabile, e dove si trova il nucleo della cosa giudicata?

Il pregiudizio può essere di più maniere: 1° perchè ammettendo l'esercizio della prova si ammette sempre la pertinenza dell'azione; e quando essa cade in controversia, con ciò si pronunzia una vera decisione di merito, secondo l'ipotesi suddetta; 2° perchè la prova ammessa potrebbe oppugnarsi come non concessa dalla legge in quel caso; 3° perchè la stessa affermazione della *influenza* può indurre un gravame sullo specifico della prova, determinandosi *moralmente a priori* che quella prova, riuscendo, avrà un valore nella convinzione del giudice.

Peraltro è impossibile concepire una sentenza interlocutoria appellabile, senza ravvisarvi la determinazione per lo meno di una posizione processuale favorevole ad una parte: vale dire una decisione qualunque, materia di cosa giudicata.

E così avviene anche in quest'ultimo caso. Una volta ammessa la prova, il giudice non può espellerla dal processo, non può chiuder gli occhi sui suoi risultati, deve tenerne conto. Più. Quantunque il giudice si vincoli *legalmente alla prova, non all'apprezzamento della prova*, si è già manifestata dal giudice una disposizione dell'animo che è presagio sfavorevole ad una delle parti, e questo io chiamo *pregiudizio morale*.

Pertanto il giudice è legato alla propria decisione a questi soli effetti: 1° che il diritto dell'azione è da lui ammesso una volta che sono ordinate le prove; 2° che deve tenere tutto il conto delle prove, non può dissimularne la esistenza. Qui finisce il vincolo giuridico; e qui ricomincia il corso della sua libertà. Sperimentare una prova non è altro che mettersi dietro una indagine per raggiungere una verità di fatto che s'ignora. Questa via deve esser libera ad ogni mezzo che può stimarsi opportuno al fine, libera alla coscienza che deve apprezzarli. A prove si possono aggiungere prove di varia natura, nel complesso e nell'intreccio delle prove quella che parve dapprima influente, può essere vinta da altre, e nell'ultimo risultato trovarsi insufficiente.

Articolo 362.

L'ordinanza deve contenere le indicazioni di cui nei numeri 1, 2, 3, 7 e 8 dell'articolo 360, e la sottoscrizione del presidente o giudice e del cancelliere.

Si fa luogo a rettificazione per qualunque omissione o indicazione erronea degli indicati requisiti a norma dell'articolo 473.

Annotazioni

Sono bene indicate le parti di cui si compone la *ordinanza*, ma la loro negligenza non è colpita di nullità. Non vogliamo dunque presumerla; per che le rettificazioni saranno molto facili in virtù del benefico art. 473, come poi il capoverso chiaramente spiega.

Articolo 363.

Sull'istanza delle parti può essere ordinata la provvisoria esecuzione della sentenza, con cauzione, o senza, se si tratti:

1° Di domanda fondata su titolo autentico, o scrittura privata riconosciuta, o sentenza passata in giudicato;

2° Di apposizione o di remozione di sigilli, o di compilazione d'inventario;

3° Di riparazioni urgenti;

4° Di sfratto da case o da altri immobili tenuti in affittamento o colonia, quando non vi sia titolo scritto, o il termine sia decorso;

5° Di sequestratari, depositari e custodi;

6° Di ammissione di fideiussori e loro garanti;

7° Di nomina di tutori, curatori ed altri amministratori, e di rendimento di conti,

8° Di pensioni o assegnamenti provvisionali a titolo di alimenti;

9° Di pericolo nel ritardo.

Annotazioni.

1. Due avvertimenti preliminari 1° Le categorie descritte in questo articolo sono tassative, e non estensibili ad altri casi; 2° la istanza può farsi in qualunque stato della causa, non è necessario proporla nella citazione introduttiva. Si dà per ragione che tale istanza non è accessoria della principale; invece riguarda la esecuzione (Chauveau in Carré, quest. 583, 6)

Al n° 1. *Titolo autentico*, articoli 1313, 1317 del Codice civile.

L'articolo 135 del Codice di procedura civile francese fa nascere delle difficoltà che, secondo il nostro, non han luogo, essendo nella prima parte di quello fatto obbligo ai giudici di ordinare la esecuzione provvisoria delle loro sentenze nella specie che noi numeriamo nel primo capo dell'articolo 363. Laonde il dubbio veramente grave, se un titolo autentico fortemente contestato, impugnato nella sostanza, contraddetto da altri titoli, e tuttavia riuscito vincitore dopo fiera lite, meritasse la esecuzione provvisoria *senza cauzione*, come vuole l'articolo 135. La volontà della legge era troppo chiara; e malgrado la ragione, bisognava chinare il capo. Così tennero i migliori giureconsulti, Pigeau, Favard de Langlade, ecc., non però senza contrasto Ora questa, siccome ogni altra provvisione congenere, *è nella facoltà dei giudici*.

La scrittura è riconosciuta *presuntivamente e formalmente* (art. 282 e seg.). A soddisfazione di questo articolo basterà che la scrittura prodotta non sia stata impugnata? Invero quel predicato, *scrittura riconosciuta*, promuove una certa esitanza; pare richiesto il riconoscimento formale. La giurisprudenza francese, sopra un testo non dissimile, si pronunciò in favore della ricognizione presuntiva che nasce dalla non impugnativa e più dalla discussione elevata sul merito della scrittura. L'art. 1318 del nostro Codice civile toglie di mezzo ogni dubbio. Badate però alla disposizione speciale dell'art. 486 rispetto alle sentenze pronunciate in contumacia. Io inclino nell'avviso che in quel caso non possa dirsi *la scrittura privata aversi per riconosciuta* in via tacita e presuntiva all'effetto della esecuzione provvisoria quando non sia fondata in una delle cause dell'azione che vengono di seguito enumerate in questo medesimo articolo. È questa pure l'opinione del Chauveau, con una distinzione che giova ritenere « Sans doute, le simple défaut « de la partie n'autorise pas à tenir la pro« messe par reconnue, *lorsqu'elle n'a pas été* « *formellement assignée en reconnaissance*, et « par conséquent l'exécution provisoire ne peut « alors être ordonnée *pour cet motif* » In Carré, quest. 581.

A n° 4. *Quando non vi sia titolo scritto* sembra voler significare *ancorchè* (o quando anche) *non vi sia titolo scritto*. Avendo avuto

occasione altra volta di esaminare l'art. 240 del Codice di procedura piemontese del 1859 (*Commentario*, vol 2, pag. 466), mi nacque il sospetto, che ora più fortemente accolgo, essere stata questa disposizione tolta con poca avvertenza dall art. 135 del francese, nel quale sta con buona ragione, poichè essendo nel primo periodo *ordinata la esecuzione provvisoria senza cauzione*, ciò era di diritto per ogni sentenza fondata sopra titolo autentico o scrittura riconosciuta, invece se l'affitto non fosse che verbale, allora potevasi, *con o senza cauzione* ordinare la esecuzione provvisoria della sentenza, il che era diverso. La dizione è cattiva, implicando che, *se vi è titolo scritto*, la esecuzione provvisoria non sia da accordarsi, ma ciò è assurdo.

O il termine sia decorso (1). Ritenuto non vi abbia titolo scritto, tuttavia *se il termine è decorso*, non si tratti cioè di locazioni rotte per altre cause, per abuso, ecc., prima del tempo o convenuto o consuetudinario, potrà farsi luogo alla esecuzione provvisoria. Disposizione di carattere eccezionale e di favore pei contratti d'offittanza. Poichè, ben guardando, nelle altre ipotesi dell'articolo non si contempla il contratto propriamente, ma la qualità del *titolo giuridico* che viene in contesa. Di che non è per certo escluso che lo *sfratto* o espulsione dei luoghi affittati, *eziandio non decorso il termine*, sia eseguibile, *concorrendo alcuna delle condizioni del numero primo, cioè il possesso di titolo autentico*, ecc., e vi sia motivo a determinare una espulsione anticipata.

Articolo 364.

L'esecuzione provvisoria ha luogo non ostante opposizione o appello, se non sia stata limitata ad alcuno soltanto di questi mezzi

L'esecuzione provvisoria non può essere ordinata per le spese del giudizio, quantunque aggiudicate a titolo di danni

Annotazioni.

1. Le parole — *non ostante opposizione o appello* — hanno un significato notevole anche in relazione al corso storico di questo punto di diritto.

Nel titolo *Della contumacia* il Codice di procedura francese (articolo 155), e i successivi da esso ispirati, compreso il sardo del 1859 (art. 242) posero al giudice la *facoltà* di *ordinare la esecuzione provvisoria* delle sentenze contumaciali *nonostante opposizione*. Questioni nascevano se fosse questa una disposizione particolare alla sentenza proferita in contumacia, e quasi si direbbe *ob contumaciam*, o non fosse altro che una spiegazione ed ulteriore applicazione della legge generale relativa all'esecuzione provvisoria, la quale nel Codice francese non contempla che l'*appello*, nei nostri ora genericamente accordata. Quindi per alcuni si sosteneva che non avrebbe potuto accordarsi fuori dei casi pei quali la esecuzione è permessa secondo la regola generale (Carré, agli articoli 135 e 155 che allegava anche la opinione del Thomine) Altri mantenevano la necessità dell'urgenza.

Il nostro legislatore conscio della difficoltà, ha tolto via dalla rubrica delle sentenze contumaciali la disposizione relativa; ma nell'articolo 354 abbracciò le contingenze *sì della opposizione e sì dell'appello*, e attribuì inoltre facoltà di limitare l'effetto. Di tal modo la disposizione ha ripresa una generalità che gli poteva esser contrastata, e provvede alla duplice evenienza.

2. La esecuzione provvisoria, quantunque non si ammetta per le spese, si può per l'arresto personale ove abbia luogo. Il Boitard tratta questo argomento nel tomo I delle sue Lezioni, pag. 234 e seg. con dottrine anche per noi opportune).

Articolo 365.

Quando siasi omesso di pronunziare l'esecuzione provvisoria, non si può ordinare con nuova sentenza, salvo alla parte il diritto di domandarla in appello.

(1) Quantunque sembra dovesse leggersi E, mentre il *mancare di titolo* non è certamente il requisito per ottenere la esecuzione provvisoria, ma invece si considera *come non ostacolo*.

Annotazioni

Si è detto (all'art. 363) che non è necessario proporre col primo atto della lite la domanda della esecuzione provvisoria della sentenza che sarà pronunciata sul merito della questione; e in sostanza non essere a tale domanda assegnato verun atto specifico (Pigeau, *Procedura civile*, articolo 2°, *Des jugement provis.*). Mai si disse per altro, e mai si dirà *che la istanza sia incidentale*. L'esecuzione provvisoria è un accessorio della sentenza definitiva, e ne fa parte. Come il tribunale non può tornare sulla propria sentenza per abolire e revocare la clausola esecutiva che avesse pronunciata, similmente non può aggiungerle. Ciò è nei principii generali ed elementari del diritto giudiziario. Non vi sarebbe adunque una vera e propria ragione di essere per questo articolo se non forse una reminiscenza, remota e francese, della ordinanza del 1667, secondo la quale si opinava diversamente (Jousse, all'articolo 17, tit. XXVII della detta ordinanza).

Articolo 366.

La sentenza è pubblicata dal cancelliere, non più tardi della prima udienza successiva al giorno in cui fu sottoscritta, mediante lettura delle parti di essa indicate nei numeri 1, 2, 3, 7 e 8 dell'articolo 360. Non è necessaria nell'atto della pubblicazione la presenza degli stessi giudici che hanno pronunziato la sentenza.

Annotazioni.

Nel punto di vista della nullità l'articolo comprende due parti: *il tempo* della pubblicazione, *il modo* della pubblicazione. Il tempo (non più tardi della prima udienza successiva) tiene alla disciplina, è un precetto morale al quale non è attaccata la sanzione di nullità. Quanto *al modo*, converrà distinguere fra le parti sostanziali e quelle che non sono. Mancherebbe certamente la pubblicazione se i numeri 1 e 7 fossero stati dimenticati dal cancelliere nella sua lettura nella quale consiste la pubblicazione.

§ 2.

Della notificazione delle sentenze e delle ordinanze.

Articolo 367.

La sentenza è notificata alla parte nella residenza dichiarata, o nel domicilio eletto o dichiarato in conformità degli articoli 134 n° 5, 158, n° 2, e 159 n° 2. In mancanza di elezione o dichiarazione, la notificazione è fatta al procuratore.

L'ordinanza è notificata ai procuratori che non siano stati presenti alla pronunziazione di essa.

Quando il procuratore sia morto, o abbia cessato dalle sue funzioni, le notificazioni, che dovrebbero farsi ad esso, si fanno alla parte personalmente, e nell'atto di notificazione si fa menzione della morte del procuratore, o della cessazione di lui dalle sue funzioni.

Annotazioni.

1. Dobbiamo ricordare che le disposizioni seguenti appartengono al capo I del tit. IV, che così suona: *del procedimento formale davanti i tribunali civili e le corti d'appello*, avvertenza che nell'apparente aspetto di generalità con cui si presenta l'articolo, ha la sua ragione; vedremo in seguito le restrizioni.

2. Qui ci appare di nuovo, in forma assai luminosa e decisiva, la partizione dei pronunziati giudiziari adottata dal Codice: *Sentenze* e *ordinanze*. Niuna distinzione fra le sentenze definitive interlocutorie e provvisionali al più importanti effetti della procedura, salvo l'intrinseca loro differenza, che altrove abbiamo

tentato di mettere in luce. Ond'è nata una novità di gran rilevanza e degna di nota, ed è che le *sentenze interlocutorie* (solo perchè tali *non si notificano ai procuratori*, com'era stan stato nell'articolo 215 dell'ultimo Codice sardo, ed è in tutti i codici anteriori a questo. Generalmente, *ogni sentenza si notifica alla parte*

Vi ha di più. Le sentenze definitive si notificavano principalmente, *et per modum regulæ*, alla persona, residenza o domicilio naturale, benchè non fosse esclusa la facoltà di notificarle al domicilio eletto, materia per altro di contestazioni. Di che sorge un sistema nuovo, molto facile e speditivo, e consono alle norme precedentemente poste negli articoli quivi citati.

Vero è che la *dichiarazione della residenza* o *del domicilio* che si fa nella citazione (articolo 134, n° 5), o nel primo atto di produzione (art. 158, n° 2) può esser semplicemente la conferma della residenza o del domicilio naturale, ma può esser luogo diverso, e quindi elettivo e più comodo alle notificazioni degli atti (1), oltrechè la *dichiarazione* stabilisce e determina il luogo della notificazione sino alla sentenza inclusive, escludendo le variazioni intermedie. Ne segue che la residenza e domicilio ordinario non attrae più a sè come la citazione così la notificazione della sentenza, all'incontro, e quasi in pena, la mancanza di dichiarazione o elezione, priva del vantaggio della notifica personale che si eseguisce suppletivamente al procuratore.

Al procuratore dunque non si notificano le sentenze, questo caso eccettuato. Al procuratore invece si notificano *le ordinanze* se non fu presente alla pronuncia.

3. È d'uopo tornare un momento sulle disposizioni che riguardano il domicilio di elezione per evitare una confusione possibile. Gli articoli 40 a 140 fanno del domicilio eletto il luogo legittimo per la notificazione degli atti l'ultimo parla espressamente *della citazione*, non però *della sentenza*. Quelle disposizioni hanno un intendimento chiaramente distinto da quelle degli articoli 134, 158 e 159. Chi fu citato al domicilio eletto può mantenerlo colla sua dichiarazione giudiziale o può variarlo. La notificazione della sentenza non intende che a questa, la quale mancando più non si ricerca nè del domicilio eletto prima del giudizio, neppure del domicilio naturale, ma si provvede, come fu detto, colla semplice notifica al procuratore.

4. L'ultimo capoverso di questo articolo è in armonia coll'articolo 334.

5. Ritenuto 1° che ogni sentenza si notifica alla parte; 2° che il *luogo* della notificazione è determinato dall'articolo 367, 3° che, non avendo la parte curata la elezione del domicilio nei modi prescritti dalla legge, all'oggetto del giudizio, la sentenza è validamente notificata al procuratore costituito, è a vedersi se il notificante possa declinare da queste norme, inviando la citazione alla persona o al domicilio reale, secondo gli articoli 135 e 139.

Se la giurisprudenza non fosse venuta confermando questa massima, potrebbe tuttavia desumersi con certezza dai principii del sistema. Le disposizioni dell'articolo 367 sono a tutto profitto del notificante. Poichè il luogo del domicilio eletto *propter judicium* è ordinariamente più vicino e più comodo alla notificazione, si è preferito ad altro più lontano quantunque il notificato potesse trovarvi maggior sicurezza. Evidente è poi il favore della parte notificante quando viene facoltizzata a fare la notificazione al procuratore, il che avviene non perchè la notificazione del procuratore sia ordinata per un vero interesse della difesa come in altri casi, ma in pena della non praticata dichiarazione di domicilio. È insomma un beneficio al quale si può rinunziare (vedi a pag. 409 in proposito dell'articolo 140).

Articolo 368.

La notificazione della sentenza e dell'ordinanza indica la persona che l'ha richiesta, e quella a cui è fatta, e si eseguisce mediante consegna di copia nel modo e nelle forme stabilite per la notificazione dell'atto di citazione

Annotazioni.

La notificazione pura e semplice di una sentenza, senza riserva di appellare o di ricorrere in cassazione è un atto che può stimarsi pregiudicevole argomentandosi l'accettazione [illegible] e quando l'usciere vi proceda non autorizzato dalla parte, insciente del fatto, può derivarne danno gravissimo quello che [illegible] mai decorrano [illegible] a valere dei [illegible]

(1) *Cioè nel comune ove ha sede l'autorità giudiziaria avanti la quale si deve comparire* (art. 134, n. 5).

pugnativi, malgrado le riserve che fossero apposte. Quindi con sommo avvedimento la legge prescrisse doversi dall'usciere *indicare la persona che ha richiesta la notificazione*, non tanto a complemento di forma, quanto a sostanza ed a prova di un fatto importantissimo nelle conseguenze. *Nuntio creditur*; la dichiarazione dell'usciere che indica la richiesta della parte fa prova sino alla iscrizione in falso (Sentenza Solinas-Apostoli contro Guerrazzi, pronunciata nel corrente anno 1872, da questa corte suprema di Firenze a mia relazione).

Articolo 369.

Le copie delle sentenze e delle ordinanze da notificarsi sono spedite dal cancelliere o dal procuratore della parte, che fa eseguire la notificazione. Se siano spedite dal procuratore, le copie debbono essere autenticate dal cancelliere.

SEZIONE XI.

Delle spese.

Articolo 370.

La parte soccombente è condannata nelle spese del giudizio, e, trattandosi di lite temeraria, può inoltre essere condannata al risarcimento dei danni.

Quando concorrano motivi giusti, le spese possono dichiararsi compensate in tutto o in parte.

Se siasi omesso di pronunziare sulle spese, si provvede con nuova sentenza sull'istanza della parte interessata, con citazione in via sommaria.

Annotazioni.

1. Che questo titolo, il quale per la prima volta ha avuto l'onore di un seggio distinto, sia stato sistemato meglio e più compiutamente che in ogni altro Codice anteriore, di leggieri si scorge dal numero e qualità delle disposizioni.

Sulla *compensazione delle spese* vi è un brano della *Relazione* Pisanelli, che porta su questi campi deserti un raggio di filosofia che noi cogliamo con piacere. Dopo aver detta la ragione per cui non si ammette la compensazione nelle liti fra' congiunti adottata in qualche Codice, prosegue: « La cosa sta diversamente allorchè la ragione della compensazione vuolsi trovare nel dubbio della questione; il dubbio, se tale appare allo sguardo imparziale del giudice, ha potuto facilmente diventare convinzione in chi aveva interesse. *La parte soccombente non ha sempre torto*: la esperienza lo rivela tuttodì! Ma conviene esprimere che nei casi dubbi dovrà o potrà l'autorità giudiziaria compensare in tutto o in parte le spese? Non si viene in certo modo a derogare all'autorità del giudizio, al carattere di verità giuridica che informa la decisione finchè non è revocata? D'altronde sarebbe questo il solo caso in cui il magistrato troverà giusto di compensar le spese? Se queste furono per la maggior parte cagionate dal fatto o dal sistema di difesa imprudentemente o maliziosamente adottato dalla parte vittoriosa, dovranno esse cadere a carico esclusivo della parte soccombente che poteva esser in buona fede nel sostener la lite? »

La parte soccombente non ha sempre torto, pur troppo! Ma in faccia alla legge e nella convinzione dei giudici chi soccombe ha torto. L'epifonema adunque non è diretto ai giudici. La espressione di *casi dubbi* (articolo 215 del Codice del 1859) fu tolta, e si è lasciata questa sola *per giusti motivi* (1): giustizia che

(1) Sostituita all'altra: *per gravi motivi*.

non può essere meglio ravvisata che dai giudici del merito, i quali nella parte razionale della sentenza dovranno darne conto, ma non saranno redarguiti in cassazione, essendo ciò rimesso alla loro coscienza. Tutto questo s'intende col debito rispetto alla logica che mai non si sprega impunemente; onde, *allorchè il motivo espresso per compensare le spese fosse di maniera da escludere la conseguenza*, tale sentenza dovrebbe essere annullata per violazione dell'articolo 370.

È osservabile che la *soccombenza rispettiva delle parti*, data negli altri codici quale causa di compensazione, non si vede più rammentata nell'attuale; per certo a quella formola *per giusti motivi* si è voluto dare la maggiore estensione.

2. Avendo la legge provveduto con un rimedio particolare alla *omissione della pronunzia delle spese*, non si ricorre adunque in cassazione l'articolo 517, nº 6, ne fa espressa limitazione.

Articolo 371.

Quando le parti succombenti siano più, le spese si ripartiscono tra esse per capi, o in ragione del loro interesse nella controversia.

Se le parti siano condannate per obbligazione solidale, ciascuna può essere dichiarata tenuta alle spese solidalmente.

Se la sentenza non abbia stabilito sulla ripartizione delle spese, questa si fa per capi.

Annotazioni

1. Qui si lascia un'alternativa alquanto pericolosa. La relazione che spesso veniamo citando come fonte d'interpretazione autentica, ci fa conoscere la facoltà del giudice essere subordinata alla qualità del fatto. « La ripartizione delle spese per capi (o singole persone dei soccombenti) non è sempre giusta, « sia avuto riguardo al diverso interesse che « ciascuna delle parti ha in giudizio, sia te- « nuto conto del sistema di difesa fatto valere « da ciascuna ». La ripartizione per capi sarà la regola generale, e nei casi ordinari la meno soggetta ad errore. Quando più contendenti stanno da una parte propugnando un diritto che hanno comune, avvegnachè l'interesse non sia uguale, o la loro cooperazione nella difesa sia stata più o meno energica, più o meno estesa, difficilmente potrà farsi luogo a ripartizioni dissimili di spese giudiziali, avendo tutti e ciascuno acconsentito e prestato concorso ai mezzi spiegati. Nondimeno può avverarsi una vera e spiccata disuguaglianza di posizione fra l'uno e l'altro contendente, risultare che alcuno di essi non avera che un interesse secondario, ed è giusto che la condanna maggiore delle spese cada sopra colui che combatterà per un oggetto molto più cospicuo, o si restringa se fra coloro che sono in giudizio sorga una contesa distinta, specie di duello in una battaglia generale, come fra due creditori nel numeroso concorso di una graduatoria. Altro caso anche più ovvio è quello del terzo che interviene e solleva una contestazione a conto proprio, per lo più limitata; sarebbe ingiusto imporgli un contributo d'uguaglianza nelle spese eziandio anteriori al suo intervento. Al giudice il pesare tutte queste circostanze e il non abusare della facoltà che saggiamente gli viene impartita.

2. *La condanna solidale nelle spese* in obbligazioni solidali è una felice novità del Codice di procedura italiano.

3. **Precedenti storici.** — La divisione delle spese *pro numero succumbentium* fu sempre argomentata dalla semplice espressione *di condanna nelle spese*, tuttavolta, in tempo alquanto remoto, cioè poco appresso l'apparizione del Codice di procedura francese, fu notato qua e là qualche sforzo della giurisprudenza e della dottrina contro il principio della *non solidarietà* in casi che sembravano eccezionali. Si ricorda una sentenza della corte di Rouen del 17 marzo 1808, che in un giudizio in cui più coeredi sostenevano un diritto ereditario collettivo, si pronunciò condanna solidale nelle spese *par la nature même de la chose*. Rousseau de Lacombe nel suo *Recueil de jurisprudence*, vº *Dépens*, incluò in questa sentenza. Ma via svolgendosi la giurisprudenza, e la verità facendo forza ogni giorno più, si trovò unita una bella schiera di partigiani a favore della solidarietà delle spese, e furono Favard de Langlade, Dalloz, Chauveau, Thomine, ecc., e decisioni si vennero pronunziando in questo senso. Se le spese giudiziali assumono il titolo di *danni-interessi*, la solidarietà, considerata come accessoria del debito principale pure solidale, passa senza grave difficoltà, ma la dif-

ficoltà non è mai cessata rapporto alle spese propriamente tali, contrastanti non pochi autori (Boncenne, tom II, pag 212 e seg ; Boitard, Berriat, ed altri), i quali sostengono che il debito delle spese giudiziali è il prodotto di un fatto nuovo (il giudizio) e non punto l'accessorio del debito stipulato.

Noi abbiamo dunque nel nostro articolo la soluzione di un problema che non è dei più semplici.

4. *Partizione della condanna solidale delle spese.* La solidarietà verso il vincitore lascia pendente l'esame della partizione che dovrà aver luogo fra i coobbligati.

Le regole seguenti proposte da alcuni scrittori sembrano giuste Se le spese fatte da ciascun coobbligato nel suo particolare sono di maniera che sarebbero state fatte ugualmente, l'interesse, ossia la quantità minore o maggiore del debito, non si considera, e i soccombenti saranno rispettivamente tenuti, fra loro, a una divisione per *singulos.* Se all'incontro alcune parti della procedura, alcuni parziali incidenti, si trattarono nell'esclusivo interesse di alcuno, costui ne sosterrà la spesa. La condanna solidale non pregiudica veruno di tali diritti.

Articolo 372.

Gli eredi beneficiati, i tutori, i curatori, e ogni altro amministratore, concorrendo motivi gravi, possono essere condannati nelle spese personalmente senza diritto di ripetizione.

Annotazioni

1 Chiamo l'attenzione sull'articolo 964 del Codice civile. Durante i termini concessi per far l'inventario e deliberare chi è invitato alla successione *non è tenuto ad assumere la qualità di erede:* ma sapientemente si aggiunge. « *egli è però considerato curatore di diritto* « *della eredità, ed in tale qualità può esser* « *chiamato in giudizio per rappresentarla o* « *rispondere alle istanze contro la medesima* « *proposte* ».

Questa legge è scritta nell'interesse dei terzi e della stessa eredità. Dei *terzi* che trovano ed hanno il loro legittimo contraddittore nello stesso erede deliberante, e possono più speditamente esercitare le loro azioni, della *eredità* che non potrebbe avere un curatore meglio informato e più diligente. Ove però si tratti non di difendere una lite mossa, ma di muoverla per un titolo qualunque, anche il più urgente, in nome e conto della eredità, bisogna ritenere che l'erede deliberante (che male si direbbe erede beneficiato prima di averla accettata) nella prefata sua qualità di curatore, *deve farsi autorizzare,* come ci fa chiari l'articolo 965 del Codice civile

Nella stessa condizione è il tutore (art. 296 detto Codice civile), e generalmente ogni amministratore: ora si domanderà se l'erede deliberante, se il tutore, se il sindaco di un comune, ecc., *autorizzati essendo* da competente autorità a sostenere la lite, possano mai essere, comechè perdenti, condannati in proprio. E lo potrebbero eccedendo, per esempio, i limiti assegnati, omettendo con inescusabile negligenza la produzione di un documento decisivo, ecc. In ogni caso di mancata o difettosa autorizzazione, ove sia necessaria, il rischio della lite è sempre a carico loro.

2. Giova avvertire che la condanna personale delle spese *può essere pronunziata d'ufficio,* senza che alcuna delle parti abbia prese conclusioni a questo effetto (Carré, quest. 362; Chauveau, Pigeau, *Comment.*, tom I, p. 312, Thomine, tom. I, pag. 256).

Articolo 373.

I procuratori possono domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunziata a loro favore, per quella parte che dichiareranno di aver anticipato.

Questa domanda può farsi nella comparsa conclusionale, o verbalmente all'udienza.

Annotazioni.

1 L'usanza, molto comune ai causidici, di domandare l'aggiudicazione delle spese *dopo la sentenza,* benchè non vietata dal Codice di procedura francese, era da egregi autori, non senza buone ragioni, riprovata; ma generalmente la forza dell'uso prevalse, e i tribunali

francesi non se ne fecero molto scrupolo. Ora l'articolo 373 dichiara in qual modo e tempo debba farsi dal procuratore la istanza. Nell'art. 218 dell'ultimo Codice sardo era cauto che in quel caso *dovesse farsene risultare dal foglio d'udienza*. Perchè sono state omesse quelle parole? Si è forse voluta abolire codesta pratica, d'altronde tanto necessaria? O forse si è stimato che il procuratore attento avrebbe trovato nel suo stesso interesse uno stimolo sufficiente a tale menzione? Senza dubbio la sentenza sarebbe offesa dal vizio di *ultra petita*, il che più volte fu deciso in Francia (Merlin, *Répertoire*, v° *Distraction des depens*, ecc., Carré, quest. 565, ed ivi Chauveau, ecc.). Abbiasi dunque innanzi gli occhi questa cautela, e mi si permettano alcune ulteriori e brevi osservazioni.

Le questioni francesi, di cui ho testè dato fuggevole cenno, non sono della pura e magra forma. Il nucleo sta in questo, che altro è che il *credito venga aggiudicato alla parte* e di poi se ne faccia trasporto ad altra persona, sia pure lo stesso procuratore, ed altro è che *prima di essere a quella aggiudicato*, il procuratore sia dichiarato creditore legittimo delle spese per un diritto di rimborso che gli appartiene. Aggiudicandosi al procuratore il credito delle spese almeno sino alla concorrenza delle sue anticipazioni, il condannato non può più opporre la *compensazione* con altri suoi crediti, come altrimenti potrebbe aver diritto di fare.

2. Il diritto dell'aggiudicazione delle spese del primo giudizio può esercitarsi dal procuratore anche in grado d'appello, dato che siano rifattibili dalla parte contraria. Può esercitarsi eziandio in caso di efficace *rinunzia alla lite* che si trae dietro l'obbligo di pagare le spese.

Quest'ultima combinazione, non accennata dall'art. 373, vi è implicitamente compresa.

3. La nostra legge non dichiara se, in seguito della rinuncia agli atti della lite, debba pronunciarsi la condanna delle spese. Il Codice di procedura francese dispone, che il presidente emetterà un'*ordinanza* o decreto di pagamento, con cui chiuderà la tassa delle spese da lui liquidate. Il sistema non può esser diverso, senonchè il giudice delegato alla liquidazione delle spese rilascerà la ordinanza. L'obbligo di pagare le spese in seguito di rinunzia è di diritto, il vincitore non avrà a far altro che domandare all'*autorità giudiziaria* (art. 375), e per essa al presidente in forma di incidente, la delegazione del giudice per la tassazione. Al procuratore basterà presentare la sua istanza o allo stesso presidente o anche al giudice delegato prima della tassazione; mentre, *congrua congruis referendo*, riceverà in questo caso una modificazione necessaria il disposto dell'articolo 373.

Articolo 374.

Sino a che le spese non siano state pagate al procuratore istante, la parte può fare opposizione con atto d'usciere da notificarsi all'altra parte, e in questo caso l'importare delle spese è depositato nella cancelleria finchè l'opposizione non sia risoluta.

L'opposizione può farsi dalla parte senza ministero di procuratore.

Annotazioni.

Qual è la *parte* che può fare opposizione? Il mandante o come si espresse l'articolo 219 del Codice sardo, il *cliente*. È fra esso e il suo difensore che va a sorgere la poco onesta querela: la parte può ben provare che il procuratore non anticipò le spese, come pretende, o non in quella somma.

Questioni. — Ciò è palese: ma il modo di procedere non è chiaro. L'articolo concede che l'opposizione può farsi *finchè le spese non siano state pagate al procuratore istante*. Può farsi dunque anche prima della sentenza; ma *non dovrà il cliente avere la notizia della istanza fatta dal suo procuratore a danno suo?* Altrimenti come potrebbe opporsi? Eppure la notizia non potrà averla se questi faccia la sua istanza *verbalmente all'udienza*. Costretto allora a portare i suoi reclami a *sentenza già pronunciata*, e la notizia della decisione, o tacita o espressa, essendo sempre presupposta, si domanda se il procuratore dovrà egli stesso darne parte al cliente, o piuttosto se in quest ultimo la notizia si presuma, ed è il primo nodo da sciogliere intorno a questo articolo abbastanza complicato nell'apparente sua semplicità.

In generale parlando, l'esercizio dei diritti che spettano alla difesa per esser libero esige un dato positivo di scienza della offesa che si minaccia: raro e difficilmente si presume la

scienza. Abbiamo tuttavolta un precetto della pratica: *scientia præsumitur in eo qui tenetur indagare, cum scire vel scire debere et posse paria sint*. V'è di più: la sentenza che ottiene favorevole la parte che vi diresse costantemente i suoi sforzi, può bene considerarsi come un fatto suo, un fatto ch'essa non può ignorare, nel vivo interesse specialmente che ha di apprenderne il risultato. Oltre ciò la legge non ha mai detto nè ora nè prima che il procuratore sia obbligato di notificare al cliente la sentenza che lo favorisce in qualche parte delle spese, e di questo costante silenzio si dee tenere tutto il conto.

b) *La opposizione è fatta con atto di usciere da notificarsi all'altra parte*, cioè al soccombente, che con ciò rimane inibito di pagare le spese, *e deve invece farne deposito in cancelleria finchè l'opposizione non sia risoluta*.

Potrà farsi l'opposizione in pendenza dell'appello?

A me pare indipendente dall'appello interposto dal soccombente e da ogni altro giudizio rivolto a far cader la sentenza. La questione ha un carattere speciale e si solleva fra altre persone; e, forse l'occasione, può dirsi nuova.

c) *Quale sarà la pratica da seguirsi? Qual è l'indole di questo giudizio?*

Non può tale giudizio considerarsi incidente del giudizio principale appellato, perchè sta da sè e non è collegato a quel processo. Sarebbe assurdo concepire la esistenza di un incidente dopo la sentenza definitiva non sospeso dall'appellazione e quindi definito, nè si saprebbe come non dovesse trasportarsi col giudizio principale in appello.

Io ritengo che, appresso la opposizione, lo stesso procuratore sia vestito di azione per far dichiarare il proprio diritto e respingere la opposizione, così esigendo il suo onore e il suo interesse, e malgrado l'appello interposto, poter promuovere in sede competente la sua domanda; quantunque lo reputi che, permanendo il tribunale giudicante in possesso della propria giurisdizione, potrebbe il procuratore con istanza sommaria ripetere da esso la risoluzione. Suppongo adunque l'appello.

La controversia, oltre la novità sua, ha una certa gravità, e può comprendere un sostanziale interesse pratico. Sapendo poi che la cosa non corre per se semplice, anche nella opinione degli scrittori che prepararono l'esame di questo punto di diritto giudiziario, mi sia concesso portare un passaggio assai ponderoso del Poncet. Dopo avere stabilito che le disposizioni accessorie della sentenza dipendono dal destino di essa, aggiunge: « Il y a « néanmoins exception en ce qui concerne les « *dépens dont la distraction aurait été pro« noncée au profit de l'avoué*. Cette distraction « consiste en ce que sur la demande de l'avoué « qui a gagné le procès, et sur son affirmation « avant la prononciation du jugement, qu'il a « fait la plus grande partie des avances, le « tribunal lui adjuge à lui-même les dépens « pour les recouvrer personnellement et en son « nom contre la partie condamnée. Or, quoi« que la distraction ne puisse être accordée « que par le jugement même qui statue sur « le fond, *quel que doive être la sorte de ce ju« gement, elle en devient totalement indépen« dante, dès qu'elle est prononcée au profit d'un « tiers*. Que le jugement soit en effet ou ne « soit pas susceptible d'appel, qu'il soit ou ne « soit pas exécutoire par provision, *l'adjudi« cation au profit de l'avoué ne peut être ni « suspendue, ni attaquée, ni détruite par au« cune voie*, elle est irrévocable et sans re« tour, tellement que la partie condamnée « fît elle-même tomber le jugement, n'aurait « d'action en répétition pour les dépens que « contre la partie adverse, et non point contre « l'avoué ». E proseguendo espone le ragioni onde muove, e può vedersi nel trattato *Des jugements*, tom. III, chap. III, num. 293.

Io non intendo che porre in rilievo il principio della indipendenza dei due giudizi, senza occuparmi delle ultime conseguenze alle quali spinge il Poncet la sua teoria, supponendo che il pagamento sia già stato effettuato nelle mani del procuratore.

Dice il Chauveau in Carré (quest. 570 ter) che la dottrina del Poncet non è ammissibile; a me pare vederci un equivoco. Colui che ha subita condanna e ha diritto di appellare o appella può ben rispondere: io non pago nè voi nè altri. E chi gli darebbe torto? Quindi tutto quello che si discorre *sul diritto della restituzione* potrebbe dileguarsi, ma il discorso nostro è diverso. Il pagamento rimarrà sospeso finchè si vuole, come rimane sospeso l'effetto di ogni sequestro fintantochè si disputa sulla sussistenza del debito, ma noi diciamo che *il procuratore ha diritto di far risolvere la questione che lo riguarda, indipendentemente dalla sospensione del giudicato*, in forza del quale gli si devono pagare le spese. È ben chiaro che se la sentenza sarà tolta dal mondo, se la vittoria muterà di posto, la questione del sequestro non avrà più scopo.

Senza dubbio il procuratore dovrà affrettare al condannato la notifica della sentenza, o almeno fargli parte della disposizione che lo favorisce, mentre io sono d'avviso che nella

scienza di aver perduta la lite, pagando in buona fede le spese dell'avversario, cesserebbe in lui ogni responsabilità. Malgrado qualche diversa opinione, che ora non importa richiamare, tutto questo mi sembra incontestabile.

E quantunque il nostro articolo non dichiari, come il 133 della procedura francese, che il procuratore mantiene sempre salva la sua azione verso il proprio cliente, si deve ritenere come cosa certa.

Per ultimo osservo che non essendosi valso il procuratore di codesti mezzi, potrà competergli il privilegio per l'articolo 1956, num. 1, o 1958, num. 6, secondo i casi.

Articolo 375.

La sentenza di condanna nelle spese ne contiene la tassazione. Questa però può dall'autorità giudiziaria essere delegata ad un giudice.

Articolo 376.

Nella tassazione non si comprendono le spese degli atti riconosciuti superflui.

Quando diverse persone abbiano in causa lo stesso interesse, o si tratti di azione od obbligazione indivisibile, si ammettono in tassazione le spese per un solo procuratore.

Non si comprendono nella tassa gli onorari dei procuratori per l'assistenza agli interrogatorii o al giuramento, salvo che questi atti siano seguiti all'udienza.

Se si tratti di procedimenti fuori della giurisdizione del tribunale davanti cui ebbe luogo il giudizio, si ammettono in tassazione soltanto gli onorari e le indennità di viaggio che sarebbero dovuti ai procuratori esercenti presso il tribunale, nella cui giurisdizione gli atti furono eseguiti, salvo alle parti il farsi rappresentare e assistere da questi.

Annotazioni.

1. Chi non desidera la economia nei giudizi? Ma *sit modus in rebus*. Più persone possono avere lo stesso interesse perchè sostengono lo stesso diritto, perchè dalla stessa causa o principio discende la ragione di ognuno; con tutto questo, come potranno esse costringersi ad aver fiducia in un solo difensore? E se in effetto merita di esser protetta la libertà della difesa; se talvolta, specialmente fra persone convenute o distanti o senza rapporti fra loro, è pressochè impossibile accordarsi nella nomina di un solo procuratore, ma allora perchè imporre ad esse il sacrificio delle spese e dei patrocinii che devono pur rifondere, benchè si trattasse di lite ingiusta, di lite dalla quale escono vincitori?

Io comprendo che l'avarizia e la disonesta sete di guadagno possa congiurare a rendere più amara la condizione del perdente, onde amplierei volentieri al giudice liquidatore le facoltà che già gli attribuisce il periodo primo dell'articolo 376; ma non si doveva, mi si perdoni, farne una regola normale, mentre doveva essere eccezione al verificarsi di qualche collusione, o anche, secondo le circostanze dei casi, di superfluità ed eccesso.

Quando le cose si spingono alla inormalità, non si lascino almeno degli imbarazzi. Si *ammettono le spese per un solo procuratore!* Proprio *le spese?* Supponiamo che fra cinque citati, il procuratore di Primo producesse un documento, quello di Secondo un altro documento, e via discorrendo, perchè questi e non quegli lo possedeva, mentre altre parti contribuirono, per mezzo dei loro patrocinanti, carte, memorie, conteggi, testimonianze influenti e fatti che passarono fra essi e l'attore. Operando in vantaggio comune si dispendiarono nel proprio, trattandosi di fatti loro propri che ciascuno, per la scienza e i mezzi che ne aveva, s'incaricava di giustificare; servirono alla verità, agirono con buona fede e con diritto, ed al tirar dei conti, *un solo fra cinque* procuratori ricupera, quasi per grazia speciale, le proprie spese!

Ma almeno nelle parole *spese* non vorremo intendere anche gli onorari? Farebbe dubitare il vedersi nei due capiversi successivi sotto altro rapporto la distinzione; nondimeno siamo portati a questa interpretazione da una ragione così morale che io mi auguro che la giurisprudenza che si prepara, voglia di tal

maniera temperare l'aspra novità di questo articolo.

Andiamo avanti. Se le spese *si tassano per un solo procuratore*, ciò sembra significare che a favore di nessuna parte in particolare, a favore di nessun procuratore in particolare saranno tassate? Come adunque si rimane? Rilascerà il presidente l'ordine di pagamento, secondo il prescritto dall'articolo 379? Ciò non avverrà, io credo, perchè fra cinque procuratori che gli esibiscono le proprie note è difficile pensare che il presidente ne scelga uno, quasi privilegiato a mente sua. Piuttosto potrebbe uscirne quello che non sarebbe il minimo fra gl'inconvenienti di questa legge, che il tassatore vedendosi presentare cinque note in un affare che reputa indiviso, le respinga fino a che una nota sola si combini fra gl'interessati e questa gli si presenti. Ma fin qui siamo andati parlando di procuratori, e dobbiam parlare di *parti*. Tutti quei cinque rimasti feriti dalle spese, e debbono i patrocinati ai loro difensori. Quale rimarrà digiuno? Quale avrà la sorte di essere indennizzato? Si farà forse un deposito del magro provento per dividerlo fra loro? Si farà una specie di concorso e di graduatoria, secondo alcuno abbia speso di più o di meno per equilibrare in qualche modo il danno che sopra tutti ricade?

Con quelle parole *lo stesso interesse*, e *si tratti di azione od obbligazione indivisibile*, si è forse voluto esprimere lo stesso concetto o due concetti diversi? Ognuno vede che il primo ha un'estensione maggiore. Dieci fra eredi e legatari hanno *lo stesso interesse* per difendere il testamento del loro autore; hanno lo stesso interesse, ma non si tratta *di azione nè di obbligazione indivisibile*. In verità quando si crede che sulle spalle di un solo procuratore possa comodamente portarsi il peso di qualunque più vasta difesa per qualsivoglia numero di persone, che uno solo basti a difendere il testamento per tutti, ed egli solo debba esser pagato, poco importa se l'azione o l'obbligazione non è indivisibile a rigor di parola. Parmi dunque di vedere che la legge ha voluto viepiù ampliare il suo dominio, estendere il campo della sua applicazione.

Non sarò io quello che venga ancora nojando i miei poveri lettori sulle note questioni di indivisibilità di azioni e di obbligazioni già toccate in altri luoghi; ma sono compreso di maraviglia che la mole di tali questioni traforì così dal fianco di un articolo di liquidazione di spese per piombare di tutto il suo peso sul giudice delegato a tassarle. Vero è che indi si passerà ad invocare la decisione del collegio (art. 377); ma tanto disputare è bene strano a sì misero scopo! Insomma si è creata una questione difficile di diritto dove si doveva dare semplicemente un giusto e ragionevole arbitrio di ridurre la tassa in ogni caso, risecando le spese inutili.

La conclusione? A tutto questo non vi ha rimedio che nell'onesto arbitrio del giudice secondo le circostanze.

2. Il secondo capoverso è in relazione cogli articoli 218 e 227, dai quali apparisce che la presenza dei procuratori mal si tollera dalla legge rapporto a quelle comparizioni personali ove si vuol vedere al nudo la coscienza del litigante. S'intende che la cosa è molto diversa per quanto spetta agli esami testimoniali, nei quali l'assistenza del procuratore è indicata e implica uno degli uffici della difesa.

3. *Sul terzo capoverso dell'articolo 376*. Ben ponderato il testo, pare doversi intendere, che nei procedimenti che si eseguiscono *fuori* della giurisdizione del tribunale (atti delegati ad un altro tribunale o ad un pretore fuori della sua giurisdizione), quando avvenga che i procuratori costituiti in causa si trasportino a quei luoghi per assistere a quegli atti, non debbano conseguire *altri onorari e indennità di viaggio* che quelli che ad essi competerebbero se avessero prestato il loro patrocinio nei luoghi della giurisdizione del tribunale, per esempio avanti a una pretura che vi sia compresa. È di fatti molto più economico scegliere un procuratore locale. Tutto ciò non toglie che la parte stessa non possa servirsi del procuratore che difende la causa, ma in tal caso non avrà diritto a rifusione di spese oltre il limite proposto.

Se il caso si ripete non più avanti un tribunale, ma avanti una corte, lo stesso che l'articolo 376 sia da applicarsi alla lettera, e vedi come l'indennizzazione di viaggio del procuratore che si è diportato per varî distretti del territorio della corte assistendo alle operazioni delegate, avrà sempre per base il *territorio del tribunale*: disposizione letterale che, pel giusto principio di economia che la informa, non segue altre regole di misura che la distanza.

Articolo 377.

La parte che intende reclamare dalla tassazione fatta dal giudice delegato, deve proporre il reclamo nel termine stabilito dall'articolo 183. Sul reclamo è provveduto a norma dello stesso articolo.

Quando il reclamo non sia fondato, chi lo propose soggiace alle spese dell'incidente, e il procuratore può essere condannato nell'ammenda di lire dieci.

La tassazione sottoscritta dal giudice delegato, se non vi sia reclamo, ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva.

Annotazioni.

Dovendosi seguire la norma dall'art. 183, il reclamo deve proporsi entro tre giorni a partire da quello in cui la ordinanza venne pronunziata, o da quello della notificazione se la parte si giudica in contumacia.

Questa seconda disposizione è in rapporto coll'articolo 385.

È da avvertire che una ordinanza di tassazione di spese, il cui effetto è quello d'imporre un pagamento, non è punto una *ordinanza d'istruzione* e deve notificarsi personalmente nei modi spiegati nel terzo periodo del suddetto articolo.

Il presidente sul reclamo destina la udienza avanti il tribunale.

Della pronuncia del tribunale vi ha appello, non considerandosi quella del giudice liquidatore come una sentenza di primo grado.

Articolo 378.

Per le spese della sentenza, della sua notificazione e del precetto, tengono luogo di tassazione la nota fatta dal cancelliere in margine della copia della sentenza, e la tassa indicata dall'usciere nell'atto di notificazione e nel precetto.

Il reclamo della nota del cancelliere o dalla indicazione dell'usciere non dà ragione a opporsi nelle altre parti all'esecuzione del precetto. Sul reclamo si provvede con citazione in via sommaria.

Annotazioni.

I cancellieri e gli uscieri, quali ufficiali pubblici, sono tassatori legittimi delle proprie operazioni. Il titolo esecutivo comprende l'ordine di esecuzione, che qui si chiama *precetto*. La esecuzione è sospesa per tre giorni atteso il diritto di reclamo. Avendosi per distinte le tassazioni del giudice, del cancelliere o dell'usciere, i reclami sono pure distinti.

Articolo 379.

Per le spese dovute alle persone indicate nell'articolo 103 dai propri clienti o mandanti, il presidente rilascia in fine della nota presentata da esse l'ordine di pagamento nel termine non minore di giorni dieci, e non maggiore di trenta successivi alla notificazione. Il provvedimento ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva.

Il debitore che intende di far opposizione deve proporla mediante ricorso da notificarsi al creditore con citazione a comparire a giorno fisso davanti il presidente, il quale, se non possa conciliare le parti, fa risultare delle loro istanze ed opposizioni, e le rimette a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria.

L'opposizione può farsi dalla parte senza ministero di procuratore.

Anche gli avvocati per il pagamento degli onorari loro dovuti dalle parti possono valersi del procedimento stabilito da questo articolo.

Annotazioni.

1. L'articolo 103, che con questo si collega, stabilisce la competenza alle azioni ivi indicate. Nella disposizione francese, sostanzialmente identica (articolo 60), il Chauveau ebbe a leggere una specie di controllo ai *fatti del procuratore ed altri ufficiali ministeriali*, tenuti a piatire de' loro diritti giudiziali avanti il tribunale della causa principale, e ne dedusse una conseguenza ben dura. « Nous croyons dans l'esprit de la loi *que l'avoué ne « puisse, en notant sa créance, éviter la compé- « tence, et par conséquent le contrôle du tribu-*

« *mal acquis il est attaché* ». In Carré, qu. 278 (1).
La proposizione è per lo meno esagerata. La legge della competenza avvicina volentieri con provvide viste le questioni consequenziali ed anco occasionali alle loro sorgenti, tenendo conto dei rapporti ideali e reali che hanno dovuto formarsi fra le origini prime e i successivi esplicamenti. Se ne videro frequenti gli esempi in fatto di società, di amministrazione, di rendimento di conti, ecc. Io pertanto non voglio negare che un consimile nesso non si rivenga fra il giudizio ove il difensore prestò il suo patrocinio, l'azione de' suoi onorari e la giurisdizione a cui è recata. Ma ciò che a me sembra prevalere nella mente del legislatore è il favore dell'azione medesima, dimostrata ben anche dalla procedura facile e spedita assegnata a tali giudizi quale si vede in questo articolo, e dalla comodità di chiamare il debitore al giudice del proprio domicilio. Ove però il titolo a conseguire gli onorari cangiasse di forma, si trasportasse in obbligazione scritta, o si accettasse la giurisdizione comune o espressamente o con elezione di domicilio, della subbiezione supposta dall'illustre autore sarebbe vano il parlare. Non può accettarsi a buon conto la parola *controllo* che sa di diffidenza veramente soverchia. L'ordinanza del presidente assume carattere di sentenza definitiva, per conseguenza appellabile; ma allora solo che sia passato il termine della opposizione.

2. *Speciale all'articolo* 379 (Dalla seconda edizione).

L'articolo 103 comprende tutte le azioni per pagamento *di spese giudiziali, di onorari a procuratori e periti*, ecc., che si svolgono da un dato giudizio nel quale si fecero le operazioni relative. Comprende adunque l'art. 103 tanto le spese ed onorari che si tassano a carico del soccombente, quanto quelli che si domandano dai funzionari ai quali sono dovuti dai propri clienti.

La causa di questa competenza è determinata dalla *connessione e continenza di causa*, considerandosi tale pronuncia come accessoria al giudizio principale. Ma la parte categorica e obbligatoria di questa legge non riguarda che le spese e funzioni da liquidarsi a carico del soccombente, dovendo ogni magistrato giudicante del merito della causa farne la tassazione.

Per quanto concerne i procuratori e gli avvocati pei loro diritti verso i propri clienti, essi possono giovarsi di quella competenza, in quanto i loro diritti conseguitano da operazioni giudiziali sostenute in quei giudizi, ma pur a vista ch'essi possano valersi della competenza comune, promuovendo le loro azioni avanti il magistrato del luogo in cui risiede il loro debitore in ragione di somma.

Più speciale favore viene ad essi impartito dall'art. 379 che istituisce un modo di procedimento straordinario, affidato senza indicazione di valore al *presidente*. Favore giustificato dalla qualità dell'opera prestata e concesso generalmente, benchè con forme dissimili, da altre legislazioni giudiziarie.

È un attributo del *presidente*: ma di qual presidente? Un tale attributo non appartiene fors'anco ai giudici minori?

L'articolo 379 fa parte della rubrica intitolata: — *delle spese*. Moltiplici disposizioni allogate in quella rubrica mostrano che il suo oggetto concerne *le spese del deposito giudizio*, e la facoltà speciale dell'articolo 379 non può essere attribuita che al *presidente* del tribunale o della corte investita della liquidazione.

E poichè il titolo è relativo ai procedimenti avanti tribunali e corti, non si potè parlare che di *presidenti*; ma se il giudizio fosse stato di competenza pretoriale, e la somma richiesta non fosse superiore alle lire 1500, nel qual caso subentra la regola di competenza per ragione di valore, il pretore avrebbe la stessa podestà, per la norma dell'articolo 447 convenientemente applicata.

Torniamo al presidente. Al provvedimento da lui emanato il *debitore* può fare opposizione. Lo stesso *procuratore istante*, e che ha ottenuto un decreto di liquidazione qualunque, potrebbe intentare opposizione contro il decreto del presidente? La legge non gli attribuisce questo diritto. Ricordiamoci che trattasi di una procedura eccezionale e, non tanto propriamente privilegiata, alla quale nulla si può aggiungere, mentre il procuratore o l'avvocato può valersi di ogni altra via giuridica, o può anche abbandonare questo modo di procedimento prima che la parte contraria colla sua opposizione abbia contestata la lite (1).

Ma qual termine è statuito all'opposizione? Il sig. avv. Emilio Radice ha fatto delle osservazioni molto giudiziose sull'articolo 379 (*Monitore dei Tribunali*, 1869, pag. 633), alle quali io presto intera approvazione, e ad esse riportandomi, posso trascorrere brevemente sull'argomento.

E poichè io sono sempre pronto a modifi-

(1) Vedi un'accurata Monografia del valente signor avv. Antonio Scotti nel *Monitore dei Tribunali*, anno 1868, pag. 1036.

care le mie opinioni se una diversa ragione mi persuade nel silenzio della legge, ammetto che il debitore abbia facoltà di emettere opposizione sino a che non sia divenuto esecutivo il decreto del presidente, cioè finchè non sia decorso il termine assegnato al debitore per il pagamento.

Il lodato giureconsulto ha pure giudicato rettamente collo stabilire: 1° che la opposizione deve farsi *per via di citazione*, rientrando la causa nel suo corso contraddittorio; 2° che il decreto presidenziale *non esclude il precetto esecutivo* e il diritto della opposizione che vi è inerente; e che appartiene allo stadio della *esecuzione*.

SEZIONE XII.

Disposizioni speciali ai giudizi contumaciali.

OSSERVAZIONI GENERALI

Il contumace è forse un uomo che resiste all'autorità, dispregia la giustizia, o vittima inconscia di un errore, di una frode tramata a suo danno, della imperfezione dei mezzi legali di comunicazione, si arrischia di condannarlo nella impossibilità di difendersi? L'umanità del legislatore moderno è agitata di continuo da questo dubbio; e poichè nel pericolo è meglio abbondar di cautele, l'istituto della contumacia divenne pesante, faticoso, pieno di difficoltà, e di una lungheria sproporzionata all'ordinario metodo dei giudizi.

Se l'animo fosse certo che la citazione è pervenuta, come suole, alla cognizione del convenuto, sarebbe evidente che costui volontariamente si rifiuta all'invito; ma innanzi all'effetto negativo restiamo esitanti, dubitiamo: la coscienza del legislatore ha bisogno di tranquillizzarsi. La istruzione del contumace, la notizia del danno che lo minaccia, è questa la nostra preoccupazione; perciò siamo larghi al non comparso di termini *per fare opposizione*: la opposizione distrugge pressochè interamente il processo costruito in assenza di lui, e tutto si rifà da capo. L'affare si complica, si prolunga, e dato per un momento che si tratti di un contumace volontario che aveva il suo piano, tutti i vantaggi della *chicane* e del tempo sarebbero per lui.

Vedremo or ora introdotte nella legge novità non conformi alle previsioni del progetto, e molto distanti eziandio dalla tradizione. In mezzo a questo, per grazia di metodo, si è diviso il titolo *del giudizio contumaciale* dalla *opposizione*, di cui si è fatto un titolo a parte (capo I, del tit. V); e non è il più giovevole come all'esame dottrinale così alla prontezza delle applicazioni pratiche.

Articolo 380.

Quando non siavi stata costituzione di procuratore a norma dell'articolo 159, il convenuto, sull'istanza dell'attore, è dichiarato contumace.

Se il procuratore dell'attore non siasi costituito a norma dell'articolo 158, l'attore non può far dichiarare la contumacia del convenuto, ma deve rinnovare la citazione.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — L'antichità non comprendeva un giudizio senza attore o senza reo, e poichè la *litis contestatio* è il suo carattere costitutivo ed essenziale, il contumace può esser colpito dal rigore della legge, ma non si costruisce perciò il giudizio senza di lui. Siamo

giunti alla maturità della legislazione romana e non si è trovato altro rimedio che dare al l'attore in possesso i beni del reo contumace (Novella 53 e 54, Leg. 2, Dig. quib. ex causis in possess.). Ben poteva il reo domandare dopo l'anno, e dopo la triplice citazione, *actore absente*, la risoluzione del giudizio, ma di rincontro l'attore non fu ammesso a questo diritto contro il reo contumace se non successivamente (Novel. Leon. 108). Tutto ciò era empirico: il criterio direttivo si viene formando in altra epoca, di mezzo ai rescritti dei papi e al diritto canonico: ivi si ricerca la imputabilità morale del contumace, si guarda la questione dal lato della sua libertà e del suo diritto; si organizzano i mezzi della scienza, si ordina la citazione personale, sono geminati gli avvisi, e occorrendo si chiama per pubblico editto. Si ammette la purgazione della mora, si accordano spazi per addurre le scuse, la *possessio*, che qualche volta si accorda all'attore *ex primo decreto*, è uno dei provvedimenti del sistema giudiziario del tempo, ma ha perduto il carattere della coazione o della vendetta.

2. La legge riconosce la contumacia sì del convenuto che dell'attore, diversi però gl'intenti, e in parte gli ordini del rito; dell'uno la contumacia si ritiene involontaria, perciò gli si danno le comodità maggiori, l'altro è un contumace volontario perchè, attore, non può ignorare la lite che muove: ma nel farsi rappresentare erra nominando per esempio a procuratore uno che è senza qualità o non lo provvede di legittimo mandato, ovvero il suo stesso procuratore non adempie agli obblighi della sua costituzione. La legge nell'articolo 381 si affretta a dichiarare il senso di codesta ibrida contumacia dell'attore; e ha per oggetto di ottenere l'assoluzione dalle domande o dalle spese, indifeso lo stesso attore, che per propria colpa, incauto provocatore, si è privato del diritto di difendersi.

Fermiamoci a considerare le condizioni richieste per accusare rispettivamente la contumacia.

Non si tratta semplicemente della mancanza di costituzione, ma della *costituzione qualificata o giuridica* che risponde ad una forma prescritta. Ciò non sarà senza imbarazzi nella pratica. S'intende facilmente che il convenuto che va contumace, non farà una imperfetta costituzione di procuratore, ma non ne farà di sorta. Se così non fosse, quel pesante treno di formalità, che vale ad assicurare la scienza in lui del giudizio e a dar favore alla sua difesa, sarebbe un ordinamento poco serio del legislatore. Di fatti, supponiamo che il suo procuratore siasi presentato, ma senza un mandato regolare, abbia tentato, ma invano di costituirsi poichè gli mancò il requisito sostanziale di un mandato conforme all'art. 48, cioè autentico: ecco il convenuto in istato di contumacia, comechè sia tanto certo ch'egli venne citato, sia tanto certo ch'egli ebbe in animo di comparire e difendersi, che incaricò a questo scopo un causidico. Non più adunque questione di scienza o d'ignoranza o di volontà negativa: sarebbe una questione di nullità di procedura. Il Codice di procedura francese, d'altra parte difettosissimo in questa materia (articolo 149), l'ex-siciliano (art. 212), quello che già fu di Parma (articolo 197) ed altri, si limitano a dire: *se il convenuto non ha costituito procuratore*. Questo è meglio, per noi invero può esistere la costituzione, ma tale che non soddisfaccia pienamente all'esigenza degli articoli 158 e 159, tale che abbia mancato ad alcune parti di essi articoli, o non dichiarando la residenza, o non depositando i documenti, ecc. Veramente alla perfetta costituzione noi crediamo bastare l'adempimento al num. 1 dell'articolo 158 con quelle enunciative di nomi e di oggetto che sono indispensabili.

Pertanto è positivo, secondo la legge nostra, *che la irregolarità della costituzione del procuratore, quando sia tale da produrre nullità, si risolve nella contumacia*. E intendo se mancano i requisiti sostanziali, nel mandato autentico, nella sua relazione diretta ed esplicita colla causa, e nella produzione di esso mandato.

3. Del resto le altre disposizioni dell'articolo 380 sono perspicue. Se l'attore non si è messo in regola, la citazione cade allorchè si tratti di farne appoggio a una dichiarazione di contumacia del convenuto, ma può valere come base del giudizio allorchè trovandosi il convenuto in regola dal canto suo, se ne giova approfittando del contrario errore: nulla di più giusto in questa strategica dei giudizi.

Articolo 381.

Quando il procuratore del convenuto siasi costituito a norma dell'articolo 159, e quello dell'attore non abbia fatta la sua costituzione a norma dell'articolo 158,

Articolo 382.

Quando la contumacia riguardi il convenuto che non sia stato citato in persona propria, l'attore può, per l'effetto indicato nel capoverso dell'articolo 474, fargli notificare un nuovo atto di citazione, con dichiarazione che, non comparendo, la causa sarà proseguita in sua contumacia.

Se tra due o più convenuti alcuno sia stato citato in persona propria, o comparisca, e alcuno non citato in persona propria non comparisca, l'attore, se non rinunci all'effetto della citazione contro il non comparso, deve farlo citare nuovamente con la dichiarazione suddetta.

Annotazioni.

1. Alcune disposizioni sono comuni alla contumacia dell'attore e a quella del convenuto: questa è specialissima alla seconda.

Nel Codice è ben designata l'aspirazione continua della legge a far sì che il citato riceva egli stesso l'avviso giudiziale senza altro intermezzo. È sopratutto nei giudizi contumaciali che la legge si preoccupa della nostra libertà onde sia tutelata nel miglior modo. Qui comincia la riforma, i cui risultati sono invero di gran momento.

Risulta egli forse dalla fede del pubblico ufficiale che la *citazione è stata notificata* IN PERSONA PROPRIA *del convenuto?* Se ne conclude che la sua contumacia è volontaria. Ma ogni altra maniera di comunicazione, quantunque stimata equivalente nei casi ordinarii, di fronte alla contumacia si avvisa scarsa e non abbastanza sicura: quindi per evitare lunghezza di giudizi (più avanti ne daremo spiegazione) *è data facoltà all'attore* di ripetere la citazione al convenuto *con dichiarazione che, non comparendo, la causa sarà proseguita in sua contumacia.*

La citazione seguita in *persona propria del convenuto* è un fatto storico che ci dispensa da ripeter la citazione, ma è un fatto che non può comandarsi, non potendosi prevedere se l'usciere sarà così fortunato da incontrare la persona stessa del convenuto e appiccargli il libello. Non è possibile dipartirci dal metodo ordinario delle notificazioni personali statuito dall'articolo 39. Ma tanto basta; la citazione così ripetuta è una guarentigia che non ha pari. Era già stata praticata da altri codici con pieno successo (Regolamento romano, 10 novembre 1834, § 557), e sovviemmi che scrivendo in questa materia (*Commentario al Codice sardo*), e parlandone in consigli ov'ebbi l'onore d'intervenire, io raccomandava questa pratica, una delle più proficue e risolutive dei consueti imbarazzi delle contumacie, e son lieto di vedere in gran parte avverato l'augurio. Rammenterò, in occasione di discorso, che in quel sistema il contumace poteva bensì presentarsi a purgare, con certo rito, la contumacia, ma non si ammetteva però la opposizione propriamente detta, certi come si era che il citato se ne restava, per volontà e deliberazione sua, contumace.

La citazione rinnovata è dunque lo spediente diretto, perchè assicura la scienza; e ottimamente provvede all'interesse del convenuto che, supposto il difetto della prima notizia, non ha subìto il menomo pregiudizio quando riceve il secondo invito. Nelle passate procedure si era adottato il ripiego di *notificare personalmente le sentenze e i procedimenti contumaciali mediante delegato usciere;* ma veniva troppo tardi, perchè la posizione del contumace si era già notabilmente deteriorata, e nulla influiva a semplificare il sistema.

2. *Sul capoverso dell'articolo.*

Si rinuncia all'effetto della citazione contro il non comparso quando si crede di poterne fare a meno, quando si riconosce che la sua presenza sarebbe superflua.

Articolo 383.

La dichiarazione di contumacia dev'essere chiesta nel termine di giorni sessanta dalla scadenza di quello stabilito per comparire, salvo che tra più attori o convenuti alcuno sia comparso.

Per questa dichiarazione la parte interessata deve far iscrivere la causa sul

ruolo di spedizione delle cause contumaciali, e giustificare, con certificato del cancelliere, ch'essa adempì e l'altra parte non adempì le disposizioni degli articoli 158 e 159.

Annotazioni.

Abbiamo il ruolo delle cause contumaciali che segna nello stesso tempo un provvido intervallo fra la scadenza della citazione introduttiva e la sentenza che, dichiarando la contumacia, decide o può decidere la causa.

Prego avvertire che ora rientriamo in quell'ordine di disposizioni che si applicano alla contumacia sì del convenuto che dell'attore.

Il doversi chiedere *nel termine di giorni sessanta* significa che la dichiarazione di contumacia può esser chiesta anche subito dopo la scadenza della citazione (facendo istanza per la iscrizione in ruolo), significa che, spirati i sessanta giorni, l'effetto della citazione (dell'attore) è perento, e perenta con essa la procedura che dovrà rinnovarsi. Se il convenuto non domanda nei 60 giorni la contumacia dell'attore, il giudizio rimane abbandonato da ambe le parti.

La contumacia è uno stato che dev'esser riconosciuto dal giudice e quindi formalmente dichiarato. Le pronuncie che avrebbero luogo senza difesa, non sarebbero valide se non consti per sentenza dello stato del processo. Deve adunque risultare una citazione regolare, ed una regolare costituzione di procuratore, salvo nel resto il diritto dell'opposizione, a norma di legge.

Se fra più attori alcuno è comparso, forsechè il convenuto che intende accusare la contumacia dei non comparsi, e così dicasi del caso inverso, non dovrà seguire la regola dei sessanta giorni quanto ai non comparsi? Sarebbe mai possibile un sistema diverso, sebbene l'aggiunta, che io stimo una superfluità, abbia portato più tenebre che luce? dico l'aggiunta in relazione all'articolo 222 del Codice sardo. La comparsa adunque verificatasi o iniziale o successiva non immuta, ciò è evidente, il rito osservabile rimpetto ai contumaci. Se noi supponiamo che vi abbiano da un lato attori contumaci e dall'altro convenuti contumaci, la osservanza di questo metodo potrà variare solo in ragione di tempo, poichè qual prima e qual dopo, nello spazio abbastanza protratto dei sessanta giorni, potrà essere domandata la dichiarazione di contumacia: la legge non provvede a tale incongrua ma legittima varietà, la quale potrebbe condurre a consecutive iscrizioni in ruolo e a proposizioni diverse della causa il che sarebbe inconveniente. Io credo sia confidato alla prudenza dei giudici di evitarlo regolando le udienze e dirigendo le cose in modo che tutte le fila riescano ad un capo, per rendere omaggio a quella unità di giudizio che vedremo or ora tanto raccomandata.

Articolo 384.

La sentenza, che dichiara la contumacia, pronunzia sulle conclusioni della parte istante.

Se tra più attori o convenuti alcuno non sia comparso, l'autorità giudiziaria pronunzia con la stessa sentenza riguardo a tutte le parti.

Se sia stata fatta la notificazione prescritta dal capoverso dell'articolo 381, o la citazione sia stata rinnovata a norma dell'articolo 382, la sentenza ne fa menzione.

Annotazioni.

1. Il combinarsi di contumacie di diverso ordine (di attori insieme e di convenuti) e il concorso di giudicabili e presenti e contumaci, muove difficoltà pratiche e interessa l'attenzione.

Bisogna condurre le cose a modo, io diceva testè, *che si pronunci una sola sentenza per tutti*: precetto rigoroso perchè giusto, e imprescindibile. Lo scopo si raggiunge più facilmente se quegli che fa aprire il ruolo della udienza contumaciale avrà cura di comprendervi tutti le parti; che però non impedisce al tribunale di proferire un *decreto d'unione*, se alcuna parte fra quelle che sono comparse sia stata omessa, quantunque il nuovo Codice non parli di decreto d'unione, già prescritto con tanto rigore nei passati (art. 239 Cod sardo). Le contumacie insomma dovranno esaurirsi (dal caso in fuori della rinuncia, *capoverso* dell'articolo 382), onde niuno dei chiamati si

rimanga insoddisfatto e incompreso nella sentenza che deve pronunciare su tutta la causa.

Se trattasi della contumacia di *convenuti*, l'attore ha, per dir così, il governo della procedura, e può camminare sollecitamente e con semplicità alla fissazione della udienza. Se si saranno contumacie di *attori*, tanto il costoro che è comparso quanto il convenuto potranno avere interesse di accusarne la contumacia e faranno le pratiche opportune. Ma se al primo non giovasse di fare atti contro il coattore, resterà in mezzo uno intervallo *infranchissable*, e converrà aspettare sino all'ultimo dei sessanta giorni in cui il convenuto ha facoltà di chiedere la dichiarazione di contumacia contro quell'attore che non è comparso. È uno fra gli inconvenienti del sistema.

2. Giova qui rimarcare come siamo andati lontano dal sistema francese, per verità molto peggiore.

Una parte citata si tiene contumace, e l'altra si presenta. Nasce tosto un decreto di unione delle due cause, decreto *che si notifica al contumace per usciere speciale* (art. 153). Tale notifica non è che una citazione a comparire. Il nuovamente citato non comparisce: nasce sentenza che ha virtù contraddittoria, e *non è suscettiva di opposizione*.

Ecco un brusco passaggio dall'ordine contumaciale al contraddittorio, di cui niuno meglio del Boitard ha reso ragione. Perchè adunque? Per non portare un colpo irreparabile alla necessaria *unità del giudicato*: perchè fra due correi che hanno lo stesso merito e lo stesso demerito in unica causa non avvenga che uno abbia ragione e l'altro torto. Una disposizione di questa natura fu come imposta al legislatore da un bisogno anche più forte *di quello della difesa*: sta bene che ognuno debba aver agio e comodità di difesa, ma giova anzitutto salvare il principio della identità dei giudicati, non esporre la giustizia a contraddirsi sullo stesso punto e fra le stesse persone. Così parve balenare alla mente del legislatore francese il principio che avrebbe dovuto seguirsi, ma, eccetto questa combinazione, il metodo contumaciale era compiutamente applicato.

Se il legislatore francese fu contento di assicurarsi dal pericolo della contrarietà dei giudicati, pare che i legislatori italiani, venuti prima d'oggi, non temessero molto quel pericolo. Vero è che la *unione della causa del contumace con quella del comparente* venne ingiunta dalla legge *a pena di nullità* (articolo 259 del Codice del 59). Dovevasi pure notificare la sentenza d'unione personalmente e per usciere speciale al contumace. Pareva con ciò assicurata la inconciliabilità dei giudizi. Eppure non veniva larghissimo e veramente prodigo di favore al contumace l'articolo 260, che *contro ogni sentenza contumaciale accordava la opposizione*. Con ciò i giudizi tornavano a confondersi. Primo e Secondo erano stati condannati, l'uno in contraddittorio, l'altro in contumacia, colla stessa sentenza, a cancellare una ipoteca iscritta in loro nome a carico di Caio. Secondo ha il vantaggio della opposizione, e riesce ad essere assoluto. Vedete voi lo stato delle cose? Il tribunale giudicando pro e contro era nel suo diritto: non si poteva opporre come cosa giudicata la sentenza contraddittoria, pronunciata fra altre persone. Alle corti d'appello, se era possibile, o alla cassazione riparare lo sconcio.

Così si è fatto di meglio nei nuovi ordini legislativi.

La dichiarazione di contumacia si pronuncia colla stessa sentenza di merito che risolve la causa e riguardo ai comparsi, e riguardo ai non comparsi.

Ma non compete forse a questi ultimi il rimedio della opposizione, mediante il quale e rapporto ad essi la sentenza va a risolversi in nulla, talmente che la sentenza è nello stesso tempo *assoluta pei comparsi, e pei non comparsi semplicemente condizionale?*

In linea di semplice avvertenza, non si è più tenuti a far precedere la sentenza di unione, quantunque non possa esser vietato. Il contumace può essere stato citato due volte o una volta sola. Due volte nella ipotesi dell'art. 382. E in questa è a dirittura tolto il diritto della opposizione (art. 474). Allora è chiaro che la legge considera come pronunciata in contraddittorio la sentenza, e se così andasse per tutti la bisogna, pericolo di contrarie sentenze non ci sarebbe più, e il rimedio della opposizione tornerebbe perfettamente inutile. È palese che accordata che sia la *opposizione*, la contrarietà dei giudicati è sempre possibile. Ma quand'è che si accorda la opposizione? *Potrebbe dirsi che non si accorda mai, o rarissimo almeno e in una ipotesi quasi inconcepibile*, e a così nuova o quasi incredibile proposizione dobbiamo prendere un anticipo sull'art. 474 (1).

Se il convenuto *è stato citato in persona*

(1) Prego sempre di riflettere che si tratta dei giudizi contumaciali avanti i *tribunali civili* e alle corti d'appello.

propria, non ha diritto alla opposizione. (L'articolo 474 è letterale, *ratione contrarii*). Se il convenuto non è stato citato in persona propria ma è stato invece doppiamente citato, non ha diritto alla opposizione (capoverso dell'articolo 474). Sarebbe forse l'attore contumace che avrebbe diritto alla opposizione? Mai no: lo stesso articolo 474, e giustamente, non concede questo benefizio che al convenuto. Ma quando? Non vi può esser che questo caso, *che il convenuto non sia stato citato in persona propria, e la citazione non sia stata rinnovata*. È dunque sempre in facoltà dell'attore, rinnovando la citazione, privare il convenuto del vantaggio della opposizione.

Giunti a questo risultato, del che già diedi qua e là alcune previsioni nel commento, vediamo *pressochè assicurata la unità e stabilità del giudicato* e l'interesse generale che ne deriva. Anzi, come vengo dal dire, basterà adempire alla sostanziale formalità della seconda citazione, perchè non possa mai elevarsi opposizione, non competerà allora che l'appello, e rientreremo nell'ordine comune. Parlando dell'articolo 382, notai che il rinnovamento della citazione *è di mera facoltà* (.... *l'attore* PUÒ *per l'effetto indicato nel capoverso dell'articolo 474, ecc.*). Non so perchè non sia stato obbligatorio, e avrebbe potuto risparmiarsi il capitolo della opposizione.

Havvi un'altra importantissima avvertenza che finisce di provare *che la discordanza e contrarietà dei giudicati non è quasi più possibile* (1).

Se il rinnovare la citazione *è di facoltà* quando l'attore si trova in ballo con un convenuto che non comparisce (art. 380, parte 1), *è di necessità* quando vari sono i convenuti, alcuni comparsi ed altri no: e ciò è fatto per assicurare appunto la unità e stabilità del giudicato emanato fra diverse persone, e pareggiare di ognuna la posizione giudiziaria.

E perciò, a meglio conoscere quali sentenze portino la impronta del giudicato definitivo, il capoverso di questo articolo 384 ordina *che si faccia menzione delle formalità praticate*.

Articolo 385.

Quando occorra qualche atto di istruzione si procede come è stabilito nelle sezioni precedenti.

Però le istanze che si promuovono nel corso del giudizio, e le ordinanze d'istruzione sono notificate al contumace, mediante affissione di copia dell'atto alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria.

Le sentenze e gli altri provvedimenti sono notificati personalmente al contumace da un usciere destinato dall'autorità che li pronunziò, o che sarà all'uopo richiesta. La notificazione altrimenti eseguita è nulla.

L'usciere destinato, in caso di legittimo impedimento, può essere surrogato con decreto del presidente o dell'autorità giudiziaria richiesta.

Annotazioni.

Il convenuto che non comparisce, *benchè citato in persona propria, o replicatamente citato*, si mantiene in una contumacia che potremo chiamare *volontaria* e *impropria*, nondimeno la legge esige speciali maniere di comunicazione.

Le istanze intermedie (e fra queste si noverano tutti i mezzi di prove e tutte le domande incidentali) oggi non denno che affiggersi alla porta esterna del tribunale, *ad valvas curiæ*, mentre una comunicazione personale e di special forma è prescritta ad ogni decisione anche della minore importanza.

È giovi porre in rilievo questa differenza assai importante fra *le istanze che si promuovono nel corso del giudizio*, e le pronunzie che pure hanno luogo nel corso del giudizio qualunque siano, purchè *non siano ordinanze*

(1) *Stabilità* del giudicato si ha quando la pronunciazione è assoluta, quando non è risolubile per opposizione. *Unità* e *incontrarietà* quando non è a temersi contrarietà, risolvendosi una parte del giudicato e restando l'altra. Per noi è assicurato questo ultimo requisito della sentenza in massima parte e primo.

d'istruzione, che emanano da un giudice singolare (articolo 50), e non interessano il merito della causa. Provvedimenti di ordinatoria, come riunioni d'istanze, aggiornamenti, e simili.

Articolo 386.

Non ostante la dichiarazione di contumacia, e sino alla sentenza definitiva, il contumace può comparire e proporre le sue ragioni; ma avranno effetto le altre sentenze già pronunziate nel giudizio, contro le quali non fossero più ammessibili i mezzi accordati dalla legge per impugnarle.

Se il contumace comparisca scaduto il termine per controdedurre le prova testimoniale o far seguire la prova contraria, non può valersi di questi mezzi di prova.

In qualunque tempo comparisca il contumace, anche in via di opposizione o di appello dalla sentenza definitiva, si ha per non avvenuta la ricognizione di cui nell'articolo 283, sempre che nel primo atto neghi specificatamente la scrittura, o dichiari di non riconoscere quella attribuita a un terzo.

Annotazioni.

La opposizione è *uno dei mezzi per impugnare le sentenze*: non può dunque spiegarsi questo mezzo se non esista sentenza.

Qui la legge suppone pronunciata la dichiarazione di contumacia per sentenza *non definitiva*, poichè pone in ipotesi atti di istruzione e prove, il contumace costituisce procuratore: egli entra francamente nella lizza, *e non per via di opposizione*.

Lo spazio che si è concesso, e talvolta assai lungo, al contumace per comparire *de plano* a giudizio pendente, tende vieppiù a diminuire l'uso della via di opposizione. I francesi chiamano *rebattre un defaut* la comparsa che fa il contumace d'improvviso alla udienza in cui si pronunciò la sua contumacia, tentando di scongiurare colla sua presenza la pronuncia ancor palpitante, userò questa frase, o *supprimer le défaut*. Si è disputato sopra questa specie di colpo di scena o di sorpresa, disapprovato da taluno Boncenne), altri se ne rimise alla prudenza dei giudici. E così faremo noi se avvenga il caso, e finchè la sentenza non sia stata formalmente pubblicata.

Intanto il nuovamente comparso potrà trovare il terreno solcato da atti divenuti irreparabili, egli deve accettare questo stato di cose: *imputet sibi*. Se è ancora in tempo, ed ove si tratti di decisioni appellabili, può interporre appello.

La privazione di certi mezzi e argomenti di prova è una delle conseguenze della tardività e del fatto consumato. La contingenza avvertita nel primo capoverso è una limitazione del principio che il comparente è ammesso a tutti i diritti della difesa, *eccettuato il gius della prova quesito alla parte contraria*, idea consona a quella di una sentenza ottenuta, non appellabile, o dalla quale non si vuol appellare. La contingenza dell'articolo 229 è forse la sola osservabile, essendochè in essa l'esercizio della riprova o controprova, è correlativo ai mezzi spiegati dalla parte contraria, e vincolato a condizioni di modo e di tempo.

Del secondo capoverso si è avuto ragione esponendo l'articolo 283.

Articolo 387.

L'attore nel corso del giudizio contumaciale non può prendere conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto di citazione.

Parimente il convenuto, nel caso indicato nel capoverso dell'articolo 381, non può prendere conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto da lui fatto notificare all'attore.

Annotazioni.

1. Un passaggio di Rodier sarà buon commento a questo articolo. « Ainsi depuis l'exploit « d'assignation, le demandeur a quelque autre « demande à faire, s'il veut corriger celles

« qu'il a faites, ou si d'autre parties assignées « comparaissaient, il y a quelques nouvelles « conclusions à prendre contre elles qui « puissent intéresser le défaillant, *il doit le* « *faire pour requête ou autre exploit qu'il lui* « *fera signifier à personne ou à domicile*, et « en rapportant cette signification, ou lui adjo « gera par défaut les conclusions de ce nouvel « exploit comme celles du premier, si elles ne « sont pas corrigées » (sull'articolo 4, articolo 5 dell'ordinanza.

È giusto che non potendo il contumace conoscere le variazioni della prima domanda, essa rimanga immutabile ma una considerazione non meno giusta si offre alla mente. Lo stato anomalo in cui si mantiene il contumace potrà render deteriore la condizione dell'attore, impedirgli l'aumento e lo sviluppo legittimo delle sue conclusioni? Parmi risposta in termini la dottrina del Rodier, fra gli antichi proceduristi sommo. Le conclusioni prese nel libello introduttivo potranno adunque variarsi, non ostando, secondo noi, l'art. 387, ma alla condizione *della notificazione da farsi personalmente* (che non significa in persona propria), unendovi amendue le conclusioni, perchè non si è mai certi che la prima sia pervenuta a notizia del contumace. Malgrado il silenzio della legge, io non dubito di affermare una facoltà che non si potrebbe senza offesa della giustizia e della logica negare. In un prolungato giudizio contumaciale, dopo vari esperimenti di prova, può sentirsi il bisogno di variare una conclusione meno per pentimento, che per naturale modificazione dello stato del processo.

2 La seconda parte dell'articolo guarda alla posizione inversa, alla contumacia dell'attore. Trattasi di quel modo di reiezione che i francesi chiamano *congé défaut* o *de demande*, e del quale qualche cenno si è dato nell'art. 381 Quantunque siasi osservato che mancando nella condizione di contumacia dell'attore quel fondamento che vuolsi a conoscere il fondo d'una questione, onde non sia per nascere, o raramente almeno, una sentenza di merito, e quasi sempre si faccia luogo all'assoluzione *ab observantia* (vedi però la nota 3 al suddetto art. 381), tuttavia la legge non ha voluto dare al convenuto un vantaggio sopra l'attore, e gli proibisce di mutar conclusione Chiamo l'attenzione sulla ultime parole che stabiliscono l'obbligo *di notificare la conclusione all'attore*.

Articolo 388.

Le spese della sentenza contumaciale, della notificazione di essa, e degli atti ai quali ha dato luogo la contumacia, sempre che la medesima sia stata regolarmente verificata, sono a carico del contumace anche quando ottenga sentenza favorevole nel giudizio di opposizione o di appello, salvo in questo caso la tassa di registro sul valore della causa.

La sentenza che condanna il contumace alle spese contumaciali è esecutiva per questo capo anche in pendenza del giudicio di merito.

Annotazioni.

La obbligazione delle spese è *ab antiquo* addossata a colui che si presenta a purgare la propria contumacia. Valeva come pagare il biglietto d'ingresso alle aule della giustizia, e, come si fa, doveva pagar prima dell'ingresso. Era legge di tutti i codici. Oggidì le spese della sentenza contumaciale proseguono ad esser caricate al contumace, ma non per via d'anticipazione e quale condizione). La legge mostra tuttavia di ritener sempre volontaria e imputabile l'assenza del chiamato; e questo poi non è vero secondo il miglior assetto e indirizzo razionale che abbiamo dato a questo istituto, onde pareva che simile disposizione non avesse più ragione di essere. La legge stessa sembra stare in dubbio e vuole *che la contumacia sia regolarmente verificata*. Ma la stessa sentenza contumaciale non basterà a verificarla.

La tassa di registro sul valore della causa (che si paga sulla sentenza) non è dovuta da quello che, contumace, indi comparve, fece opposizione, o appellò e vinse. E ciò quantunque la tassa dovesse pagarsi e fosse pagata sulla sentenza contumaciale, o, in altri termini, quella tassa che tiene alla questione sostanziale e di merito, non si comprende fra le spese della contumacia, *in poenam* della contumacia stessa, ma dipende dall'esito del giudizio.

Nell'articolo 216 dell'ultimo Codice sardo fu posto, e a mio avviso molto giustamente, che non dovesse il contumace pagare le spese della contumacia, *quando il giudizio contuma-*

cale venisse annullato. E s'intende non per il naturale effetto della opposizione, ma per vizi inerenti al giudizio medesimo. Quantunque la clausola non si trovi ripetuta, la ragione non esiste meno, e non è meno evidente (Vedi articolo 474 e seguenti e le nostre osservazioni dirette a dare una idea generale sul sistema della contumacia dopo l'art. 480).

CAPO II.

DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DAVANTI I TRIBUNALI CIVILI E LE CORTI DI APPELLO.

Articolo 389.

Sono trattate col procedimento sommario:

1° Le domande per provvedimenti conservatorii o interinali;

2° Le cause in appello dalle sentenze dei pretori;

3° Le altre cause, per le quali sia ordinata dalla legge o autorizzata dal presidente la citazione a udienza fissa.

Annotazioni.

1. Il procedimento sommario ha la sua causa *nella qualità della controversia e nella qualità e indole della giurisdizione.* « Intorno a questa « distinzione dei procedimenti, motivata o « dalla natura della causa o dalla qualità delle « giurisdizioni davanti le quali sono portate « (dice il rapporto ministeriale), è da notare « in generale che tutti i procedimenti stessi si « legano fra loro, in coerenza del concetto lo- « gico, che il procedimento formale davanti i « tribunali civili e le corti *è il procedimento « normale* cui conviene ricorrere ogni qual « volta manchino, negli altri procedimenti, di- « sposizioni speciali ».

Adotto io pure col Pescatore la distinzione fondamentale di *giudizi sommari e di procedimenti sommari.* « Il giudizio sommario, « dice l'illustre autore, è quello che fin dal « suo primo inizio, cioè dall'atto di citazione « sino alla sentenza definitiva di tutta la cau- « sa, procede sommariamente perchè la que- « stione stessa viene dalla legge annoverata « fra quelle da risolversi in via sommaria. Se « invece la questione principale sia tale da « trattarsi in giudizio ordinario, ove sorga « una questione accessoria da risolversi in via « sommaria, il giudizio principale non cessa di « essere ordinario e formale, solo vi s'innesta « un procedimento sommario per la soluzione « della questione incidente » (Codice di procedura civile, tom. I, pag. 53).

Per altro nel sistema del Codice italiano, in ciò scostandosi non poco dagli altri, i cardini sui quali poggiano le categorie del procedimento *sono le stesse giurisdizioni,* il cui obbiettivo determina il modo normale dell'azione processuale, mentre vi sono come involte forme più semplici, stantechè nella giurisdizione più estesa si comprendono le facoltà minori, secondarie, aggettive direi, che possono rannodarsi e raggrupparsi intorno a una domanda principale, e sono già a grandi tratti delineate in questo articolo. La legge affigge a tali trattazioni ordinamenti più celeri e brevi, ed è ciò che si viene appellando *procedimento sommario* in un giudizio ordinario. Una differenza però occorre notare fra le tre classi quivi enunciate: la prima e la terza non sono che *modificazioni o modi di essere del procedimento ordinario,* connaturale ai tribunali civili e alle corti d'appello in quanto versa sopra soggetti accessorii o famulativi; la seconda non fa che trasportare nella sede di appello il procedimento proprio dei giudizi pretoriali e minori, di cui conserva il carattere, e può dirsi un processo continuativo.

Il procedimento riceve qualità dalla giurisdizione porgendosi ad essa come l'atmosfera o

l'ambito nel quale può svolgersi e in conformità del proprio fine attuare i suoi pronunciati, più largo e solenne ove si trattano affari più ponderosi ed ardui, e via restringendosi per imprimere alle determinazioni giudiziarie un moto più rapido la qual base sarebbe men ferma e il principio sarebbe meno generale teoricamente parlando, e praticamente meno semplice, se gli ordini locali del processo si deducessero principalmente dalle *materie*. Onde avveniva una specie di confusione negli altri codici, in cui la teoria del *procedimento sommario* provava sempre una certa difficoltà nel trasportarsi sul campo dell'applicazione; sia prova ulteriore di questo assunto, che gli stessi subbietti, pei quali si modifica il procedimento normale, non si trattano in ugual modo, per es., avanti il tribunale civile o avanti il tribunale di commercio, che avendo in tutto un costume di maggiore rapidità, nelle sue forme sommarie, si spinge ad un segno a cui mai, o solamente in casi urgentissimi si arriva avanti il tribunale civile (V. le dottrine sui procedimenti formali e sommari ampiamente svolte alla pag. 229 e seguenti).

Articolo 390.

Nei procedimenti sommari la causa è iscritta sul ruolo di spedizione prima di essere portata all'udienza.

Nella stessa udienza i procuratori consegnano al cancelliere i mandati per originale o per copia, e gli atti di dichiarazione di residenza o di dichiarazione o elezione di domicilio delle parti, in conformità degli articoli 158 n° 2, e 159 n° 2, e si comunicano per copia le comparse conclusionali.

Il fatto della causa è esposto dal difensore dell'attore; osservato nel resto il disposto del capoverso dell'articolo 349

Finita la discussione, i procuratori devono consegnare tutti gli atti della causa al cancelliere, a norma dell'articolo 352; il cancelliere appone la sua firma immediatamente sulle comparse conclusionali, e fa menzione delle postille che vi siano aggiunte.

Annotazioni.

Le comparse conclusionali per iscritto sono necessarie nei giudizi di tribunali e di corti, come necessaria la loro comunicazione, ma può aver luogo alla udienza, e sono contrassegnate dal cancelliere a prova della loro presentazione. Tali deduzioni scritte, che danno certi punti fermi e certi fuori della mera e fuggevole oralità, determinano lo stato della contestazione, e si riportano nelle sentenze ai termini dell'articolo 360, num. 4.

Articolo 391.

Quantunque il giudizio sia cominciato con procedimento sommario, il tribunale o la corte può ordinare che sia proseguito in via formale, se così richiedano la natura o le particolari condizioni della causa. Nel caso di consenso delle parti ciò può ordinarsi dal presidente

La presente disposizione è applicabile anche quando il procedimento sommario sia prescritto da leggi speciali.

Annotazioni

1 Il presidente del tribunale o della corte *può autorizzare la citazione in via sommaria* (articolo 154). In quali casi, per quali titoli, non è dichiarato è una facoltà di cui nel nostro sistema è investito il capo del collegio. Scorta luminosa avrà il presidente nell'articolo 363 Poichè le cause enumerate nel detto articolo hanno effetto di render suscettibili d'esecuzione provvisoria le sentenze che versano intorno a quelle, è facile dedurre che alcuno dei medesimi titoli presentandosi come oggetto del giudizio, il presidente sia ragionevolmente condotto ad ordinare il rito sommario. Ciò, dico, è molto ragionevole e credibile, non è però positivamente prescritto, nè necessario. La *eseguibilità* provvisoria dei giu-

dicato, al quale è condizione la esistenza di una delle cause presignate dall'articolo 389, *oggidì è compatibile eziandio col rito ordinario*, quantunque quasi sempre si accompagni al sommario: osservazione assai importante alla storia del presente sistema. Or bene, il presidente non ha che delle facoltà dall'articolo 154, *due facoltà distinte*: l'una, abbreviare il termine della citazione, l'altra, *autorizzare la citazione in via sommaria*, inviando *la causa in udienza fissa*, nella quale si potrà disputare sulla opportunità della trattazione sommaria. È da avvertire inoltre che in quella guisa che il tribunale o la corte può, secondo questo articolo, intercidere la forma sommaria per dar luogo alla ordinaria, così può decretare la trattazione sommaria dal presidente non ordinata. Molto la legge nuova lascia alla facoltà del magistrato giusta le circostanze e gli eventi, il che quanto giovi alla libertà dei giudizi niuno è che non vegga, e si deve avergliene conto. Qualche volta è la stessa legge che ordina il procedimento sommario (articolo 399, num. 3), e accade per lo più quando il metodo più lento e protratto disordinerebbe un sistema generale a cui la legge attacca una speciale importanza; e ne sono esempi gli articoli 573, 665, 884, ecc.

Su questo spirito del nuovo Codice, spirito liberale, facile, condiscendente alla verità pratica e reale, io mi fermo volontieri, poichè esso Codice nol dice; non può dirlo se non disponendo lungamente, e sfugge all'osservazione.

Facoltà adunque piuttosto che precetti, di quanto si spoglia lo Stato per affidarlo alle mani abili e caute del magistrato di tanto la giustizia si avvantaggia nel vero concreto. Intorno a che è riflessibile e degno di nota l'ultimo avvertimento dell'articolo, che la presente disposizione è applicabile *anche quando il procedimento sommario sia prescritto da leggi speciali*.

2. La conversione del metodo ordinario in sommario in corso di causa, essendo libera nel giudice, non esclude verun motivo ragionevole. Nondimeno si vuol registrare una specialità, avvisata dal Chauveau: « Un affaire sommaire « dans son principe peut encore devenir ordi- « naire *par les demandes incidentes que le dé- « fendeur peut introduire lorsque ces demandes « incidentes sont elles-mêmes ordinaires*: on sent « que pareille chose peut encore arriver en « appel, puisque le défendeur peut former en « appel une demande incidente pourvu qu'elle « soit la défense à la demande principale » (In Carré, quest. 1470 ter). Tale sarebbe una domanda riconvenzionale originata dalla stessa domanda principale.

È tanta e sì fuor dell'usato la parsimonia del Codice nel sistemare questo titolo del procedimento sommario, che convien ritenere che la massima parte del rito formale sia mantenuta. L'articolo finisce dichiarando essere da osservarsi le disposizioni del Capo I, *in quanto siano applicabili*; ma stimai necessarie alcune indagini, da vedersi nella pag. 229, ecc.

Articolo 392.

Nelle parti non espressamente regolate dal presente capo, il procedimento sommario prende norma dalle disposizioni del capo precedente, per quanto siano applicabili.

Annotazioni

Costruzione del processo sommario.

1. Ogni processo può discernersi in momenti distinti: 1° nella sua introduzione e attitazione preliminare; 2° nella discussione, 3° nel giudizio; e può esser eziandio esaminato nei suoi svolgimenti probatori, che tengono naturalmente proporzione colla indole generale del processo.

2. La citazione è segnata dal presidente a udienza fissa: e da questo primo atto la procedura si qualifica. L'articolo 390 indica il modo della costituzione dei procuratori, l'ordine della udienza e della discussione, la esibita alla udienza delle conclusioni, ed esclude ogni atto scritto, ogni conclusione anteriore alla udienza. Gli atti si comunicano alla stessa udienza, e passano al cancelliere, e quindi dalla cancelleria al tribunale che giudica prontamente.

3. I *documenti* non sono gli *atti*, quantunque nella formola — *consegna di tutti gli atti* — si comprendano benissimo anche i primi. Ma è d'uopo che i documenti siano conosciuti *hinc inde* prima dell'udienza per discuterne. Quindi avrà luogo la comunicazione dei documenti prima dell'udienza in cancelleria almeno per copia, giusta l'articolo 157, e in un modo *congruo e sufficiente*, giusta l'articolo 165, se più sono i procuratori (preferisco questa espressione perchè non parmi prescritta a rigore la modalità. Gli originali non dovrebbero consegnarsi, non potendo più pre-

ficarsi, senza turbare il corso rapido del giudizio, i termini della restituzione (articoli 167, 168, 169).

4. *L'iscrizione della causa in ruolo di spedizione* dovrà notificarsi? Nell'articolo 477 del Codice del 59 si diceva non occorrere, ma ora dovremo stare alla regola comune e dovrà notificarsi.

5. Il tempo del deliberare e pronunciare è regolato dall'articolo 356.

6. *Le conclusioni si comunicano per copia* alla stessa udienza, nulla vieta che non possano depositarsi scritte e comunicarsi prima, nel qual caso potranno modificarsi all'atto dell'udienza *ove si prende la conclusione definitiva*.

7. All'udienza pure si potranno presentare *nuovi documenti*.

8. Se i nuovi documenti siano di qualità che l'aspetto della questione venga a cangiarsi, la legge non lo dice, ma è certamente nella facoltà, e potrà essere anche nel dovere del giudice, *rinviare la causa ad altra udienza*, secondo la pratica anteriore che continua ad avere la sua ragione nell'equità. Credo non bisogni nuova iscrizione.

Sull'ordinamento delle prove.

Si era soliti veder tracciata una procedura compendiosa nel circolo di una più estesa, ma codesta separazione non aveva una base razionale. S'intende come la istruzione di una causa, in quanto si vengano in essa svolgendo e discutendo i mezzi e gli argomenti che dovranno indi raccogliersi nella discussione definitiva, possa richiedere più larghi termini e maggiore sviluppo in certi casi piuttosto che in certi altri. Ma perchè vi sarebbe un processo ordinario e un processo sommario per formare una prova? A che mai conduce questo sistema artificiale? O sarebbe troppo, o sarebbe poco, perchè se il processo più breve bastasse ad esplicare compiutamente e a dare matura e perfetta la prova per testimoni (prendendo questo esempio), a che dovrebbe impiegarsene uno più lungo? E se il processo più esteso è necessario, come potrebbe uno più angusto soddisfare alla verità che si ricerca? Qui non vi è nulla d'arbitrario, la stessa misura e quantità dei termini è soggetta alla critica della ragione: uno più lungo è superfluità dannosa, uno più corto è angustioso o insufficiente. Perciò sia lode al legislatore che ha tolto via la differenza di processo ordinario e sommario in ordine della formazione della prova.

Parlando dell'esame dei testimoni, che è forse fra le prove che si costruiscono per organo del magistrato la più interessante o almeno la più complicata, osservo che il suo ordinamento è così provveduto di modi facoltativi e di luogo (art. 231) e di tempo (articoli 232, 233, 246, ecc.), che il giudice, secondo la gravità dell'affare e le circostanze, può usarne senza che il legislatore venga misurandogli il passo e ponendogli il freno.

Ciò che diciamo di un genere di prova, diciamo degli altri, osservando l'ordito delle varie disposizioni che riguardano la prova giudiziale, vi troverete prove limitative e correttive affidate alla prudenza del magistrato che rendono ragione perchè non esista nel Codice un titolo a parte *sul procedimento sommario in fatto di prove*.

9. *Sulla notificazione delle sentenze.*

Si soleva portar distinzione fra le ordinanze d'istruttoria pronunciate in via sommaria e quelle in via formale, distinzione non buona: ora tutte le *ordinanze* a questo effetto si pareggiano (articolo 367 e 368).

10. *Quando la causa sommaria è in istato di esser giudicata.*

Il carattere eminente della causa sommaria è la *oralità*. La causa sommaria si considera in istato di esser giudicata *quando la relazione all'udienza* (del giudice o delle parti) *sia cominciata* (articolo 355).

11. *Della contumacia.*

Che il sistema della contumacia debba modificarsi in presenza del procedimento sommario, si comprende. Il Codice sardo ci lasciò qualche traccia che si raccoglie con un certo interesse, mentre il Codice italiano è muto del tutto. Diceva l'art. 483: « In tutte « le cause sommarie la dichiarazione di con« tumacia dev'essere chiesta all'udienza in « cui la causa è chiamata in spedizione. Se « la sentenza non sarà pronunciata nella me« desima udienza, o la causa sarà rimandata « ad altro giorno, si terrà nota nel foglio di « udienza della dichiarazione o dell'atto di « contumacia ». È positivo che una delle parti non presentandosi all'udienza regolarmente rappresentata come all'articolo 390, cade in contumacia. La contumacia, vuoi dell'attore o del convenuto, non *dovrà dichiararsi alla medesima udienza?* È sfuggita, io credo, quell'avvertenza al redattore del Codice ov'era la sua sede. Tuttavia provvede il regolamento nell'articolo 230: « Nei giudizi a udienza fissa « la parte che vuol far dichiarare la contu« macia dell'altra, deve giustificare all'u« dienza d'avere adempiute le prescrizioni de« gli articoli 134, 154 (l'autorizzazione della « via sommaria) e 391 del Codice di procedura.

— Trascorsa un'ora dall'apertura dell'udienza, « l'usciere chiama se vi sia chi rappresenti la « parte non comparsa; non essendovi chi ri« sponda alla chiamata, il tribunale dà atto « alla parte comparente della contumacia della « parte contraria, facendone constare dal pro« cesso di udienza ». Verificata così la contumacia, non è più luogo all'articolo 383. Senonchè nel caso dell'articolo 382 il tribunale ordinerà che siano nuovamente citati quelli che già non lo siano stati *in persona propria*.

12. Un'ultima e ponderosa conseguenza delle cose discorse. Avendo il legislatore ben compreso nel suo concetto, che il metodo più o meno misurato o accelerato, anzichè un'astratta idealità giuridica è un calcolo di utilità o di convenienza nell'interesse delle parti, ne segue che *qualvolta le parti stesse si accordino*, anche tacitamente o col fatto, *nell'uno o nell'altro metodo, ita jus esto* - come più volte nella varietà dei casi è stato deciso, sicchè dovrebbesi omai aver finito di disputarne. Ciò dico in termini abbastanza generali per non comprendervi quelle contingenze nelle quali si potessero dire veramente fuorviate le leggi fondamentali del procedimento, che sono d'ordine pubblico.

CAPO III.

DEL PROCEDIMENTO FORMALE DAVANTI I TRIBUNALI DI COMMERCIO.

Articolo 393.

L'attore deve nell'atto di citazione eleggere domicilio nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria davanti la quale si deve comparire, con indicazione della persona o dell'uffizio presso cui si fa l'elezione. Se l'attore abbia domicilio nel detto comune può invece dichiarare la casa in cui ha il domicilio stesso.

Prima che scada il termine stabilito dall'atto di citazione, l'attore deve depositare nella cancelleria i documenti prodotti in sostegno della domanda.

Annotazioni.

Vi sarebbe una differenza fra la disposizione di questo articolo (parte prima) e quella del l'articolo 134, num. 5: differenza che già viene supposta nel capoverso dello stesso numero?

Ciò che è stato dichiarato nell'articolo 134 — *se l'attore non abbia residenza o domicilio nello Stato, doversi eleggere nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria*, ecc. — si applica alle cause di commercio, con questo però niuno attore commerciante, comunque risieda nello Stato, può sottrarsi a questo obbligo, eccettochè non abbia *domicilio* nello stesso comune, parola che io prendo qui come sinonimo di *residenza*; e infatti *si accenna alla casa in cui l'attore ha domicilio* — il che significa residenza. Non si potrebbe intender altrimenti secondo lo scopo della disposizione. Dovendosi battere la residenza prima del domicilio (articolo 139), se il mio uomo, citandomi al tribunale di commercio di Livorno, ritenesse la sua residenza e stabile dimora a Genova, in questa città io dovrei di preferenza notificargli le citazioni ed altri atti, e subire quell'incomodo che la legge ha inteso di risparmiarmi.

E la differenza in questo appunto consiste, che lo statista, attore in causa civile, ai termini dell'articolo 134, non sarebbe obbligato alla elezione del domicilio in luogo, ma sì in causa commerciale.

Non essendo nelle cause commerciali necessario il procuratore, è l'attore medesimo che deve fare il deposito dei documenti nel tempo prescritto, quello che è incombente del procuratore nelle cause civili di tribunale o di corte, secondo l'articolo 159.

Articolo 394.

Entro giorni cinque successivi alla scadenza del termine della citazione il convenuto deve far notificare all'attore, nel domicilio da esso eletto o dichiarato in conformità dell'articolo precedente, la sua comparsa di risposta, con indicazione dei documenti prodotti, depositando nella cancelleria la copia dell'atto di citazione, e i documenti.

In questa comparsa il convenuto deve nello stesso modo eleggere o dichiarare il domicilio.

Annotazioni.

La mancanza dell'elezione del domicilio non porterebbe a nullità; ma farebbe luogo all'applicazione dell'art. 396, capoverso, e per qualunque notificazione, anche della sentenza.

Articolo 395.

Quando alcuna delle parti comparisca per mezzo di procuratore, questi deve nel giorno stabilito per la comparizione presentare al cancelliere il mandato, il quale può essere scritto in fine dell'originale o della copia dell'atto di citazione

Il cancelliere ne prende nota nel registro.

Annotazioni.

Il termine della *comparizione*, segnato nella citazione, essendo comune, se vi ha procuratore, questi nel suddetto giorno, cioè non *dopo*, presenta al cancelliere il mandato che non ha mestieri delle formalità volute dall'art. 48.

La *comparizione* del procuratore (qualche cosa diverso da *comparsa* accennando alla presentazione personale) precedente il mandato e i documenti, se ce ne sono, opera ad un tempo la costituzione.

Articolo 396.

Tutte le notificazioni, comprese quelle della sentenza definitiva, si fanno al domicilio eletto o dichiarato

In difetto di elezione o dichiarazione le notificazioni si possono fare al procuratore, e, quando manchi, alla cancelleria del tribunale.

Annotazioni.

Le notificazioni degli atti si fanno *alle parti* e non *al procuratore*, quantunque costituito a differenza dei giudizi civili. In difetto di elezione o dichiarazione *si possono fare* al procuratore, vale dire che possono anche farsi alla parte al suo domicilio reale.

Per quanto concerne la notificazione delle sentenze, si ricopia la disposizione dell'articolo 467, parte 1ª Ma poichè qui può non esserci procuratore, si supplisce consegnando la copia alla *cancelleria*, al cancelliere capo cioè, e non ai subalterni.

Se il procuratore esiste, la notificazione della ordinanza non sarà fatta a lui? Dovrebbe credersi, anche perchè la presenza del procuratore dispensa dalla notificazione d'usciere, giusta il dichiarato della parte 3ª dell'articolo 367, con che si abbrevia la procedura, cosa molto desiderabile nelle contestazioni commerciali. Nondimeno è così perentoria la ingiunzione dell articolo 396 — *tutte le notificazioni, ecc., che niente può essere sottratto.*

Articolo 397.

Le copie delle sentenze e delle ordinanze da notificare sono spedite dal cancelliere o dal procuratore. Se siano spedite dal procuratore, le copie debbono essere autenticate dal cancelliere.

« nali civili. — Possono anche, secondo la na- « tura delle cause, comprendere nella tassa- « zione l'onorario dovuto all'avvocato per le « conclusioni da essi firmate e per le dispute » E doveva essere semplicemente una *facoltà*, ad evitare gli abusi della difesa.

3. Potrà costituirsi dalla parte altro procuratore che non abbia il carattere ufficiale, un mandatario qualunque? Rispondo, no. Lasciando anche stare la espressione *di procuratore*, che usata nelle formole giudiziali equivale presso di noi a quello di *avoué*, è chiaro che a qualunque altro mandatario, che non fosse un procuratore legale, non potrebbero convenire le disposizioni degli articoli 396 e 397, oltreciò è per certo nella ragione della legge, vista la convenienza che in certi casi diventa necessità, di adoperare gli uomini della scienza ad illuminare i giudici e ben difendere gl'interessi delle parti, liberandosi dall'imbarazzo di rappresentanti inesperti ed impari a quell'ufficio (aggiungi articolo 156, capoverso).

Articolo 398.

I termini di giorni quindici stabiliti negli articoli 165, 174 e 176 sono ridotti a giorni cinque; quello di giorni otto stabilito dall'articolo 179 è ridotto a giorni tre; quello di giorni trenta stabilito dall'art. 169 è ridotto a giorni dieci.

La pena comminata dall'articolo 176 è applicata alla parte, se non sia rappresentata da procuratore

Annotazioni.

Coll'abbreviazione dei termini ci viene confermata l osservanza degli ordinamenti. Quindi risposta e controrisposta (articolo 165), iscrizione in ruolo e nuove difese scritte (art 174); da ultimo le comparse conclusionali (art. 176) il metodo insomma del consueto procedimento sommario, a termini più brevi Rammento le prescrizioni dell'articolo 175 del regolamento *sulla estrazione della causa dal ruolo di spedizione*, quando l'*iscrizione rimase ferma*.

Articolo 399.

Il termine per comparire davanti il presidente o il giudice delegato, nei casi dell'articolo 185, è almeno di un giorno, salvo quanto è stabilito nell'ultimo capoverso dello stesso articolo.

Annotazioni.

Il richiamo all'articolo 185 comprova che il rito degl'incidenti non è morto nei giudizi commerciali. Spesso abbiamo fatto ricordo della sua estensione, avendo forza di applicazione anche fuori delle cause formali di tribunali civili e di corti d'appello.

Articolo 400.

All'udienza in cui la causa è chiamata l'attore espone il fatto; il convenuto lo può rettificare; ciascuno legge le proprie conclusioni, e svolge le ragioni su cui sono fondate.

Le parti consegnano i loro atti al cancelliere, il quale appone la sua firma sulle comparse conclusionali, e fa menzione delle postille che vi siano aggiunte.

Annotazioni.

L'udienza è fissata o dallo svolgersi del ruolo in cui è annunciata, o da decreto del presidente (articoli 181 e seg.).

L'art. 228 del regolamento 14 dicembre 1865 si applica anche ai giudizi commerciali.

Articolo 401.

Il tribunale può sempre ordinare, anche d'uffizio, che le parti compariscano personalmente per essere sentite all'udienza, o in camera di consiglio, e, se vi

è legittimo impedimento, può delegare un giudice, che fa compilare processo verbale delle dichiarazioni delle parti.

Annotazioni

Della comparsa personale.

Ricorderò che l'antica legislazione francese non autorizzava i giudici a decretare la comparsa personale che nelle cause commerciali (Carré all'articolo 119 del Codice di procedura francese). Nel Codice la disposizione fu generalizzata con quell'articolo, e non restò più dubbio che la facoltà non fosse comune a tutti i magistrati giudicanti e a tutte le cause. Fu sempre considerato via o *mezzo d'istruzione*, lo scopo, quello d'interrogare le parti sui fatti controversi e raccoglierne in quel confronte verità che sfuggirebbero a più larga maniera di ricerche, era una specie di esame fatto in pubblico, ove l'artifizio stesso del mentire sembra interdetto sotto l'occhio scrutatore dei circostanti. L'interrogatorio *sur faits et articles* non aveva tanta potenza e tanta efficacia, non era tenuto in udienza pubblica, non era tenuto alla presenza di tutto il consesso, ma del presidente o del giudice delegato; amendue le parti non stavano a fronte; finalmente non era noto il soggetto dell'esame. Ad alcuni autori, fra i quali principalmente il Boitard (all'art. 119), parve tanto potente e decisivo il metodo opposto che non sapeva vedersi perchè l'interrogatorio *sur faits et articles* fosse stato mantenuto nel Codice.

Il legislatore italiano, seguendo in ciò le tradizioni piemontesi, limitò l'applicazione della comparsa personale ai tribunali di commercio, ai giudizi pretoriali e a quelli dei conciliatori, e diede ai giudici l'alternativa facoltà d'intimarla all'udienza pubblica, o piuttosto in camera di consiglio.

Se mi è lecito esprimere un'opinione, dirò che io non divido l'ammirazione alquanto soverchia di qualche illustre francese intorno a codesto istituto, quantunque io ne comprenda la verace utilità. Io mi pongo interamente nelle vedute del nostro legislatore che parmi abbia fatto insieme opera di saggezza e di prudenza, temperandone la portata, e in riguardo al genere degli affari e il modo d'esecuzione. V'è del vero nelle considerazioni del Boitard, ma non può negarsi che trattisi di aspro cimento, di una pressione sulla libertà personale, che tiene del forzato e partecipa del penale. Pochi difatti saranno quegli onesti uomini che hanno una lite, i quali si prestino senza estrema ripugnanza a simile duello, sia pure di parole, non senza aumento di reciproca irritazione, non senza scandalo, in presenza del pubblico. Perciò si è fatto bene ponendo a più gravi e ponderosi affari tutt'altro fondamento che uno sfogo passionato e clamoroso. Meglio ancora si è fatto, che, qualora si trovi giovevole a risolvere certi sviluppi di fatto *la comparsa personale* si possa preferire la camera di consiglio, ossia un'aula chiusa al pubblico, benchè presente l'intero tribunale.

Quando, come in penale, la giurisdizione non opera di proprio moto nell'interesse della libertà generale, conciossiachè in essa si contenga la libertà dei singoli, quando in controversie d'ordine privato l'esercizio della giurisdizione, per esser legittimo, dev'essere invocato, quel *jussus* del magistrato, quel comando che s'impone alle parti non richiesto e loro malgrado, sembra ripugnare all'alterna civiltà dei giudizi. Perchè l'atto del magistrato acquisti alcun che di familiare e di paterno, e si renda a così dire amabile l'ufficio suo per essere efficace, è d'uopo entrare in una sfera di affari più semplici e quasi domestici, e direi finalmente più intimi, affinchè sia lecito al magistrato d'ingerirsi in certa guisa nella coscienza degli stessi litiganti. Siamo d'accordo che, se una delle parti provoca *la comparsa personale*, tutto rientra nel diritto, ed è un mezzo come un altro; giova nondimeno che l'uso sia moderato e non rimesso nell'assoluta balìa dei contendenti, per ogni causa, per ogni affare, per qualunque velleità che si abbia di rissa coll'avversario e far dello scandalo.

All'applicazione ed esecuzione di questa legge alcune norme possono stabilirsi.

1° *L'interrogatorio deve seguire in presenza di tutte le parti.* È questa la mia opinione, fu pure quella di Boitard; altri pensano diversamente. Pigeau (Codice di procedura civile, all'articolo 2, § *Comparution*), Chauveau Thomine, ecc., stimano illimitato il potere dei giudici sia per intendere unitamente le parti, sia separatamente. Il testo francese non so quanto si presti alla singolarità dell'esame: « Si le jugement ordonne *la comparution des parties*... », e non dice altro. Le parole del nostro articolo favoriscono ancor meno simile interpretazione. Aggiungo che dove la legge ha voluto permetterne la facoltà, lo ha espressamente dichiarato (vedi all'articolo [illegible]). Per la ragione della legge, la quale mi pare evidente in questo che nel *confronto* si cerchi la verità. Deposizioni

separate, ufficialmente imposte, hanno qualcosa d'inquisitivo che non appaga, e nell'interesse delle parti, ora potrà parere una sorpresa, ed era un atto di favore.

2° *Il decreto della comparsa personale*, non avendo carattere *di pregiudizio per veruna delle parti, è da considerarsi preparatorio e inappellabile*. Così ritengono in generale gli scrittori francesi (Pigeau, *Introduction à la procédure* pag. 21, Carré, quest. 501, Thomine, t. 1, pag. 255, ecc.).

3° *Non è vietata la presenza dei procuratori*, di fatti seguendo l'interrogatorio alla udienza pubblica non potrebbe essere vietato.

4° *Limite della facoltà dei giudici nello stato del processo e nella qualità delle prove ammissibili*.

Qual grado d'importanza può attribuirsi alla prova prodotta *da comparsa personale* in relazione all'ordine gerarchico delle prove che la legge civile determina? La risposta raccolta con questo mezzo è certamente inferiore alla efficacia di una *confessione giurata*, nè occorre dimostrarlo. Non avrà maggior forza di un *interrogatorio?* Neppure, perchè chi ha potuto acquistare un buon numero di sommario, una posizione vantaggiosa sopra l'avversario avendo ottenuto dichiarazioni o confessioni utili, ha diritto di mantenerla. Il tribunale non può costringerlo a rispondere come si trattasse di cosa ancor vergine e nuova, se la risposta contraria fosse diretta a negare la confessione già fatta, non gli gioverebbe, e perciò non si deve tentare.

Ma l'ostacolo può sorgere dal processo in forza di prove d'altra natura. Si è fatto un esame di testimoni. L'esame è riuscito a me favorevole, ho prodotto un documento che mette in assai buon punto la mia difesa. Non può il tribunale, di suo capo, per illuminare la sua coscienza (bellissima cosa, ma deve anche rispettarsi la legalità che è la custodia del diritto), non può voler demolire o recare imbarazzi alla posizione che mi sono acquistata. *Osta lo stato del processo.*

Per il principio inoltre che prove inutili e non profuture non si ammettono, e perchè l'ordine gerarchico delle prove deve invariabilmente osservarsi, il tribunale non potrà tentare delle confessioni verbali in quei casi in cui è necessaria la prova scritta, o dove si richiegga un certo genere di prova, trattandosi, per es., di falso, nel che le dichiarazioni verbali nulla giovano, ma si vogliono perizie, ecc.

Che se cotal saggio di prova non incontrasse ostacolo dallo stato del processo e dalla incompatibilità sua coi mezzi legali prescritti dalla legge in quel dato caso, potrebbe anche trovarsi inconcludente, vano e dannoso all'indirizzo che convien dare alla causa. Trattasi di stabilire il *dolo* o la *frode?* La legge esige che si propongano conclusioni specifiche, fatti concreti, presunzioni gravi. Niuno è tenuto a difendersi contro sì odioso attacco, quando l'accusa non possa presentarsi in questo aspetto imponente. Che faranno i giudici intimando la comparsa personale? quali accuse vorranno formulare, a qual sorta di esame vorranno assoggettare il convenuto? S'ignora, e questo basta, perchè non si abbia e non si possa usare di questo mezzo.

Il Carré, che in una sua ponderatissima consultazione ha considerato tutto questo (Chauveau in Carré, quest. 502 *bis*), ci lasciò una eccellente nozione *sulla comparsa personale* e sopra i suoi effetti. « Tous les auteurs « s'accordent (egli dice) pour l'indiquer. *la* « *comparution n'est ordonnée que dans les* « *seuls cas où la cause soit en fait, et ne peut* « *être décidée en pur point de droit*. Alors, « lorsqu'après les plaidoiries le magistrat é- « prouve quelque incertitude sur les faits que « l'une ou l'autre maintient, ou lorsqu'il lui « est démontré que des explications lui seront « nécessaires pour la décision de la cause, il « peut ordonner l'audition de deux parties, « ou de l'une d'elles » (In questo per altro non conveniamo. V. sopra).

5° *Qual è l'effetto del non obbedire all'invito del tribunale?* Un effetto semplicemente morale. « Si l'une des parties (disse il Carré) ne « comparait pas, son défaut doit la faire assi- « miler à *celui qui ne veut pas interrogatoire* « *sur faits et articles* ». La idea non è esatta, come osservò di poi il Boncenne, attesochè non fu formulata alcuna proposizione, e non si sa in vero che mai l'assente avrebbe confessato o voluto confessare. È un saggio di prova assente. Il giudice avrà potuto formarsene una impressione non buona, impressione che, trattandosi di convinzioni morale, potrà convertirsi in argomento non privo di legale appoggio.

Articolo 402.

Quando si tratti di esaminare conti, scritture, e registri, si procede alla nomina di uno o tre arbitri conciliatori, con incarico di sentire le parti e conciliarle, se sia possibile, in difetto, di dare il loro parere.

Gli arbitri conciliatori sono nominati d'uffizio dal tribunale, se le parti non si accordino sulla scelta dei medesimi.

Annotazioni.

Gli *arbitri conciliatori* sono più dei periti, ma molto meno degli arbitri nel senso legale della parola. Nulla decidono ma fanno ufficio di conciliatori, onde l'onorevole predicato, e devono render conto in apposito processo verbale dei loro tentativi, dopo che senz'altro passano a fare la loro operazione di periti.

Articolo 403.

La ricusazione degli arbitri conciliatori può essere fatta per gli stessi motivi, per cui si fa luogo alla ricusazione dei periti.

La ricusazione degli arbitri o dei periti deve proporsi entro giorni tre dalla notificazione della loro nomina.

Articolo 404.

Per la relazione degli arbitri e dei periti si osservano le norme stabilite dagli articoli 264 e seguenti.

Annotazioni.

Se il tribunale nominasse gli arbitri conciliatori, dato che dentro un termine fissato non avesse luogo la nomina consensuale, il termine della ricusazione decorre sempre *dai tre giorni dalla nomina?* Io così credo.

Poichè, tolto l'incarico di tentare la conciliazione fra le parti, gli arbitri conciliatori sono veri periti, niuna disposizione che riguarda i periti in genere è ad essi inapplicabile.

Articolo 405.

Quando sia ordinata la presentazione di libri, questa si fa all'udienza del tribunale, o davanti il giudice delegato, e il cancelliere ne estrae ciò che riguarda la controversia.

Se i libri non si trovino nel comune in cui siede il tribunale, può essere richiesto il tribunale di commercio del luogo in cui i libri si trovano, o delegato il pretore, perchè proceda agli atti occorrenti, e ne faccia risultare con processo verbale.

Annotazioni.

L'articolo 25 del Codice di commercio prescrive doversi ordinare d'ufficio *la comunicazione dei libri, inventari, lettere e telegrammi*, esclusivamente però in affari *di successioni, di società, di fallimenti e di comunione di beni.*

La comunicazione dei libri è diversa dalla *presentazione o esibizione.* « La comunicazione « (dice Rogron) è la esibizione dei libri alle « parti interessate per esser ispezionati e mi« nutamente esaminati ». Ha la sua ragione nella comproprietà, segue poi l'articolo 26, che parla della semplice esibizione, allo scopo di estrarre quelle parti su cui cade la controversia. « Nel caso di una controversia, benchè « non relativa agli oggetti indicati nell'arti« colo precedente, il giudice può ordinare ad « istanza di una delle parti, o anche d'ufficio, « la esibizione dei libri per estrarne soltanto « ciò che riguarda la controversia ».

Il presente articolo 405 è in relazione coll'ultima disposizione, e non parla *della comunicazione.* Per altro nel capoverso dell'articolo 25 del suddetto Codice di commercio è stabilito: « La comunicazione ha luogo nel « modo concordato fra le parti; *in mancanza « d'accordo, mediante deposito nella cancel« leria dell'autorità giudiziaria* ».

L'articolo 405 ha dunque bisogno di commento, poichè il tribunale può ordinare non solo la *presentazione dei libri*, ma altresì la *comunicazione*, nel qual caso il primo non può applicarsi alla lettera.

La *esibizione* è momentanea, è un vero deposito che si eseguisce in mano dell'uffiziale

pubblico che fa l'*estratto* della parte necessaria, *quella che riguarda la controversia* è ingiunta dal tribunale, e di solito dal *giudice delegato*; la parte contraria non ha diritto di metter gli occhi sul libro e di esaminarlo.

È noto che i libri di commercio *possono far prova a favore* de' suoi tenutari; più spesso fanno prova *contro di essi* articoli 22 e 23 del Codice di commercio'. Quindi la posizione del commerciante può essere *attiva* o *passiva* in questo affare: nella prima ipotesi non si tratterà che di *esibizione*, in quanto gioverà all'esibente che, nel modo più autentico possibile, quale è quello della cancelleria, si faccia l'estratto della partita che gl'interessa.

Diciamo una parola sul *capoverso*. Esso suppone che il tribunale abbia decretata la esibizione dei libri, suppone che il commerciante che dovrà esibirli, risieda fuori del comune. Allora è fatta abilità ad esso commerciante di esibire i libri al tribunale di commercio del proprio comune. A questo effetto quel tribunale *si richiede (rogatur)* a riceverli e fare le operazioni occorrenti, cioè l'*estratto*, per cui il tribunale rogante gli darà la norma opportuna.

Se i libri non si presentano, il giudice delegato non avrà che a fare il suo rapporto al tribunale. Provvede l'articolo 27 del Codice di commercio, che può avere, secondo i casi, applicazioni estensive ed analoghe.

Articolo 406.

Quando sia impugnato come falso un documento, il presidente lo trasmette, dopo di averlo sottoscritto, al procuratore del re presso il tribunale civile, e rimette le parti a udienza fissa davanti lo stesso tribunale, perchè sia provveduto sull'incidente di falso.

Annotazioni.

Presentandosi al nostro esame la materia della competenza, abbiamo precorsa in un aspetto generale la palpitante questione — se la giurisdizione commerciale sia da ritenersi *assoluta o relativa*. L'interesse dell'argomento ci consente di lasciare in vita le osservazioni già state da noi riunite all'articolo 400, tanto più che il loro intento è più specifico e per così dire più rituale, e non temiamo la noia di qualche ripetizione.

L'articolo 406 è una limitazione, ed è forse la sola limitazione che si trovi scritta nella procedura alla giurisdizione commerciale. Se noi ci poniamo ad esaminare un'altra legislazione anche più recente, vi leggiamo schierate le facoltà di questo tribunale, che alcuni continuano a chiamare eccezionale (1) (Codice di commercio, art. 723), e ben poche limitazioni (art. 724, 725). Vi si scorge ciò che può fare, e non quello che non può fare, la giurisdizione commerciale. Ed è ragione, mentre viene da sè, che quello che non è compreso nelle facoltà di una magistratura preposta a una determinata materia, non appartenga al còmpito suo.

I.

Estensione della competenza attributiva.

Ma quando si è detto tutto questo, si è detto assai poco. Resta la scienza che esaminando l'indole della istituzione, in confronto delle altre funzioni della legge civile, vede ondeggiare, a dir così fra le une e le altre dei subbietti giudiziari che il diritto positivo non ha potuto fissare. Sono altrettante questioni di giurisdizione che vengono fuori nei dibattimenti della pratica, la quale porta di consueto la fiaccola avanti la teoria. Sono altrettante questioni di giurisdizione che la pratica viene designando secondo le varie eventualità, la dottrina vi ha recate le sue osservazioni, ma, se mal non m'appongo, si desidera ancora alla teoria un criterio regolatore.

(1) Noi non abbiamo e non possiamo avere *tribunali eccezionali*; sono tribunali eccezionali quelli che limitano il fòro alla persona, *contemplatione personae*, come si direbbe, la ecclesiastica, onde fòro eccezionale vale *privilegiato*, e *privilegiata* la persona che ne gode, come una volta i pupilli, le vedove, i nobili, ecc. Il tribunale militare non è eccezionale, perchè il militare non vi è tratto come tale e perchè tale, ma in contemplazione della materia ed oggetto che spetta alle cose militari. La giurisdizione si divide per materie, non per una necessità *ideale*, ma piuttosto per la necessità *reale* ed effettiva di distribuirne l'esercizio a pubblica e generale comodità. Anche il tribunale di commercio è caratterizzato dalla *realità*, dall'oggetto, dal fine si consertа col fine generale di ogni giurisdizione e con tutto il sistema, anche laddove la giurisdizione commerciale *oritur ex persona* del commerciante, è sempre in ragione del negozio che *si praesumit ex contractu*, attesa l'abitudine di tali affari; ma cessa come si conosca ch'egli, benchè commerciante, ha trattato un affare non commerciale.

Non posso arrestarmi alla sola questione di procedura. Essa si collega con quella che riguarda in genere la giurisdizione dei tribunali di commercio. *Quali sono le facoltà dei giudici di commercio in ordine alle controversie di carattere propriamente civile che si frammischiano in quelle di loro competenza?* Io suppongo che tali controversie, proposte in via di azione, non sarebbero punto di competenza del tribunale di commercio, ma quando si presentano quali *eccezioni* o *argomenti e mezzi di cognizione*, più o meno necessari a conoscere una questione principale indubbiamente di sua competenza, siano o no formolate in domande incidenti, è allora che s'incontra la difficoltà.

Il principio *cui jurisdictio data est ea quoque concessa esse videntur sine quibus jurisdictio explicari non potest* deve tenersi fermo sino al punto in cui la istituzione stessa non venga trasportata fuori della sfera di attività che le è propria.

In generale parlando, allorchè l'oggetto del giudizio è commerciale, quel sommo bisogno della civiltà per cui la giurisdizione commerciale ha ragione di esistenza, è molto meglio soddisfatto dalla sua ampiezza e pienezza che da qualunque altra considerazione d'ordine pubblico che tendesse a limitarla: quindi si nota un progressivo inchinarsi delle idee e della giurisprudenza verso una certa emancipazione, se mi è permesso dir così, della competenza commerciale, i cui limiti ormai possono fissarsi in brevi formole.

Le limitazioni scritte riguardano: 1° quei subbietti che per lievi mutazioni si distinguono e facilmente potrebbero confondersi, per cui la legge si affretta a tirare una linea di separazione (articoli 724, 725 del Codice di commercio); 2° quelle controversie di carattere puramente civile che si vogliono totalmente sottratte alla giurisdizione commerciale, eccettuate espressamente le *controversie ereditarie* (articolo 423, capoverso); 3° quei procedimenti complicati e difficili che per forma e per iscopo si trovano disconvenire: è il caso del presente articolo 106.

Le limitazioni imperative, categoriche, assolute sono queste. Fuori e al di là di esse stanno tutte quante le materie non espressamente affidate alla giurisdizione commerciale, ma noi abbiamo detto al cominciar di questa nota, che non ci occupiamo che delle questioni subalterne che s'intromettono in una causa di competenza del tribunale di commercio.

E dalle stesse limitazioni parrebbe potersi argomentare che il tribunale di commercio può assimilarsi, per così esprimermi, qualunque altra materia, che di sua natura appartenga al Codice civile, all'effetto di adempiere ampiamente e senza impedimento al proprio fine.

Niuno certo vorrà sottoscrivere a tanta esagerazione; ma meditando sull'argomento, ognuno dovrà convincersi, che la giurisdizione commerciale trova il limite della sua azione soltanto là dove, immergendosi in questioni troppo ardue e lunghe, distraendosi in ricerche troppo diverse dal suo istituto, dovrebbe mancare al proprio scopo, far difetto alla semplicità, alla prontezza, alla energia di risultato che da essa si richiede.

Voglio dedurne, che la cognizione di materie e fatti civili in quanto occorre per far ragione dell'oggetto commerciale proposto al tribunale di commercio non *gli sfugge per causa d'incompetenza*, ma talvolta esso deve astenersene, quando cioè *per assumerne una cognizione piena e approfondita* dovrebbe di troppo scostarsi dal proprio e naturale indirizzo.

Con siffatto criterio ragionando, non è neppure a dubitare, che il tribunale di commercio non abbia a conoscere delle questioni che riguardano la validità o nullità degli atti della procedura, delle qualità e condizioni, anco personali, necessarie all'esercizio della sua giurisdizione (Pardessus, *Cours de droit comm.*, part. VII, tit. II; Despréaux, *De la juridiction commerciale*, lib. I, § 1 e 2). Rispetto ai *mezzi detti di fondo*, si può stabilire in genere che il giudice commerciale conosce dei fatti non aventi propriamente carattere commerciale: apprezza il valore intrinseco del titolo sul della domanda o della difesa, se l'atto sia valido in sè, ovvero annullabile per causa illecita, per difetto di consenso, e la sua critica si estende eziandio agli atti autentici e notarili. Il tribunale di commercio conosce se l'atto, il documento della causa, la girata, per esempio, sia, come si pretende, infetta di frode o dolo, se sia vera eccezione di liberalità che il debitore allega, supponendo di essere stato assolto per via di donazione; conosce dell'autenticità dell'atto di donazione, della sua legalità (Despréaux, luoghi citati). Non intendo che dare dei cenni e tracciare qualche esempio, sempre a fermare la massima che il tribunale di commercio conosce dei *mezzi della causa* qualunque siano, meno i casi *eccettuati dalla legge*.

Vero è però che il tribunale di commercio non formola decisioni sui fatti civili, non ad de iis pronunciat, non pone in un capo della sua sentenza che la donazione è nulla per di-

2. *Della verificazione delle scritture e della eccezione di falso.*

Se la scrittura è negata, l'articolo 427 del Codice di procedura francese impone al tribunale di commercio *di rimettere l'incidente al giudice competente, e di sospendere il giudizio sulla domanda principale.*

Le nostre legislazioni si erano già acconciate a ritenere che avanti lo stesso tribunale di commercio si potesse procedere *alla verificazione* della scrittura negata. Dall'art. 519 al 523 del Codice sardo del 1859 sono proposte le regole che devono tenersi avanti il tribunale di commercio. La disposizione normale andava a trovarsi nell'articolo 681 del Codice di commercio sardo del 1842. Il nostro art. 406 non limita la podestà del tribunale che a fronte della impugnativa di falso. Dunque rimane in lui la competenza di principio e di rito rapporto alla negazione semplice, come innanzi. Senonchè ogni traccia di particolare procedimento per la verificazione è scomparsa, e dovrà applicarsi quello che è istituito all'articolo 282 e seg. cogli opportuni riguardi.

3. Qualche osservazione specialmente dedicata al nostro articolo che ci ha dato occasione alla lunga diceria. Mi piace notare l'esattezza della sua redazione. Posta la impugnativa di falso, è indicato, che *il documento coll'atto impugnato* sia rimesso al procuratore del re per ciò che concerne l'ufficio suo; ed essendo l'incidente preliminarmente proposto al presidente, questi non se ne occupa, ma rimette le parti *a udienza fissa.* Il tribunale *procede sull'incidente di falso.* Come provvede? Facile la risposta, o sospendendo la causa se il documento importa alla sua decisione, per riassumerla di poi se risulti vero; o dichiarando che si procederà alla decisione senza tener conto del documento impugnato. La qualità del procedimento: l'intervenzione del pubblico ministero, figura severa che mai non si lascia vedere fra le dispute commerciali; l'odore di criminalità che tramanda questo processo, e l'esito che ordinariamente ottiene, non possono in verun modo accordarsi colle pacifiche e operose abitudini, colla indole facile e spedita dei giudizi di commercio.

Articolo 407.

La parte che non sia comparsa a norma degli articoli 393 e 394, è dichiarata contumace sull'istanza dell'altra parte regolarmente comparsa, salvo quanto è stabilito nel capoverso dell'articolo 381 e nell'articolo 382.

Annotazioni.

1. La contumacia è dichiarata all'udienza. Nei giudizi di commercio comparendo la parte personalmente, non abbisogna, per accusare la contumacia, fare la prova voluta dall'articolo 381, di avere cioè costituito procuratore. Dal lato del convenuto, la contumacia si verifica sempre coll'assenso della stessa parte. Supponendo che la parte attrice o convenuta abbia mostrato animo di esser rappresentata da un procuratore, ma la costituzione di esso sia rimasta irregolare o imperfetta, non vi è mai contumacia, poichè si ritiene sempre la parte come presente, quando l'attore stesso in persona o il convenuto compariscano all'udienza. Quindi la riserva dell'articolo 381 non può intendersi che rispetto alla sua ultima parte.

2. Se si riscontri che il convenuto non fu citato *in persona propria*, deve ordinarsi il rinnovamento della citazione, anche per gli effetti del capoverso dell'articolo 382.

Articolo 408.

La parte che fa notificare la sentenza contumaciale, se non ha domicilio nel comune in cui ha luogo la notificazione, deve sotto pena di nullità eleggervi domicilio, indicando la persona o l'uffizio presso cui lo elegge.

Se vi abbia domicilio, deve farne la dichiarazione a norma dell'art. 393.

Annotazioni.

La sentenza contumaciale può contenere decisione di merito (articolo 384). Tali, o sentenze o provvedimenti, *si notificano personalmente al contumace da un usciere destinato* (385). Dacchè nell'articolo 393 era cauto che l'attore *deve elegger domicilio nel comune,* la

ingiunzione di questo articolo parebbe superflua, se non fosse che la disposizione dell'articolo 393, come già avvertii, non ha sanzione di nullità, e soltanto espone l'inosservante a certe dannose conseguenze. L'oggetto della disposizione è di fornire comodità al contumace di comparire e di notificare i suoi atti alla parte contraria.

Articolo 409.

Le sentenze sia in contraddittorio sia in contumacia possono in ogni caso, sull'istanza della parte, essere dichiarate provvisoriamente esecutive, non ostante opposizione o appello, con cauzione o senza.

Articolo 410.

Il procedimento formale, nelle parti in cui non è espressamente regolato da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo I di questo titolo, per quanto siano applicabili.

Annotazioni.

La forma del processo è talmente diversa da quella descritta nel capo I, che ben poche di quelle disposizioni saranno applicabili, se ne togli il processo delle prove. Applicabile è il rito degli incidenti (articolo 181 e seg.), che ha carattere di generalità. Applicabili gli ordinamenti fondamentali delle sezioni II e III, delle sezioni VI, VII, IX, X, meno alcune restrizioni; fra le altre rimane esclusa la disposizione del num. 5 dell'articolo 360.

CAPO IV.

DEL PROCEDIMENTO SOMMARIO DAVANTI I TRIBUNALI DI COMMERCIO.

Articolo 411.

Davanti i tribunali di commercio il procedimento sommario si osserva soltanto nelle cause indicate nell'articolo 389.

Annotazioni.

Richiamati anche una volta all'articolo 389, non abbiamo che due cose a ricordare: 1° che il tribunale di commercio è giudice d'appello nelle cause dei pretori, inferiori a lire 1500 (art. 34, n. 1); 2° che trattandosi di *controversie che riguardino lettere di cambio o biglietti all'ordine o equipaggi*, *viveri*, *attrezzi*, ecc. (V. articolo 148 in fine), *la citazione può farsi in via sommaria*, e allora il termine sarà di *due giorni*, di *tre*, di *quattro*, secondo la scala dell'art. 147. A questo aggiungete la disposizione dell'art. 154, parte seconda.

Articolo 412.

Nel procedimento sommario il convenuto deve fare all'udienza la elezione o dichiarazione di domicilio, di cui nell'articolo 394.

Nella stessa udienza le parti devono comunicarsi le comparse conclusionali.

Quando alcuna delle parti comparisca per mezzo di procuratore, questi deve

presentare il mandato, di cui nell'articolo 395, al cancelliere, il quale ne prende nota nel foglio d'udienza

Annotazioni.

La elezione o dichiarazione di domicilio non suol farsi in iscritto, ma all'atto della udienza si consegna al cancelliere; le comparse, secondo l'articolo, sono scritte e si scambiano alla stessa udienza. Le conclusioni potranno anche prendersi a voce, e se ne inserirà il tenore nel verbale d'udienza, dovendo poi risultare dalla sentenza per gli effetti dell'art. 360, num. 4).

Articolo 413.

Quantunque il giudizio sia cominciato col procedimento sommario, il tribunale può ordinare che si prosegua in via formale, se così richiedano la natura o le particolari condizioni della causa.

Annotazioni.

La disposizione di questo articolo è in rapporto con quella dell'articolo 391, prudentemente limitando quello che potrebbe trovarsi di soverchiamente facile nella concessione della *udienza fissa* fatta dal presidente. Difficilmente si può dunque sentire il bisogno di ritirare alquanto indietro la celerità della discussione, e di por tempo in mezzo a più maturo esame anche nelle cause di commercio. Qui abbiamo replicati e chiari ordinamenti; ma che il metodo formale possa anche tramutarsi in sommario a provvedimento del tribunale, è ciò che la legge non dice in verun luogo, e che io nonostante ritenni scrivendo sull'articolo 391. E più me ne persuado in tema di giudizio commerciale. Altrimenti bisognerebbe credere che il tribunale avendo facoltà di prolungare la discussione — *richiedendolo la natura o le particolari condizioni della causa* — non ne avesse alcuna di abbreviarla *per lo stesso motivo*, supposto che l'oggetto della causa sia fra quelli indicati nell'articolo 389. Potrà ordinare che rimossa una prolissità inutile, sia iscritta la causa nel ruolo delle sommarie.

In questo proposito ecco alcune recenti decisioni.

Il procedimento formale con cui è stata cominciata la causa può sull'accordo delle parti e per ordinanza del presidente trasformarsi in sommario (corte di Torino, 27 marzo 1871, *Annali*, 1871, II, pag. 440).

La corte d'appello di Firenze (8 agosto 1871, *Annali*, ivi, II, pag. 435) ritiene come positivo questo canone di ragione, giustamente avvertendo che a produrre i documenti non sono più osservabili i termini del processo formale.

Giustamente pure la stessa corte nel 23 agosto 1871 (ivi, II, pag. 603) dichiara che non appartiene al presidente, ma sì al tribunale, decretare il passaggio dal formale al sommario.

Articolo 414.

Il procedimento sommario, nelle parti in cui non è espressamente regolato da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo precedente e dal capo II di questo titolo, in quanto siano applicabili.

Annotazioni.

In che consiste il procedimento sommario avanti i tribunali di commercio? S'intende che esso dev'essere un compendio del compendio; imperocchè fra le quattro forme conosciute, l'ultima deve parere poco meno che un estratto delle altre. Ma si può dire che la sua differenza consiste totalmente nella disposizione precedente. Termine della citazione relativamente breve, che si può oltre abbreviare per l'art. 154, capoverso: soppressione di quello dei cinque giorni, proposto dall'articolo 394. Appresso, ogni altro regolamento del capo III deve ricevere applicazione.

CAPO V.

DEL PROCEDIMENTO DAVANTI I PRETORI

OSSERVAZIONI GENERALI

Questa benefica magistratura, largamente distribuita sulla superficie del regno, è destinata, insieme alle altre che hanno esercizio anche più limitato, a spargere nei centri minori della società il sentimento del diritto e della giustizia, provvedere ai più istanti bisogni della vita civile, ai bisogni del povero segnatamente, presente in ogni punto, porgersi soccorrevole e pronta all'invito, sollecita nel tempo stesso di togliere, se è possibile, l'afflizione del litigio a chi manca tante volte del necessario, e di ricondurre la pace nelle famiglie. Non è nuova fra noi la pia associazione, la chiamerò così, dell uffizio di giudice con quello di pacificatore e conciliatore. Del resto per corrispondere allo scopo della istituzione si richiede un processo semplice, breve, ordinato, il legislatore lo ha sentito riunendo le disposizioni troppo diffuse in questo capitolo; vedremo or ora in chiose succinte come l'effetto abbia corrisposto alla intenzione.

SEZIONE I.

Dell'istruzione della causa.

Articolo 415.

L'attore deve all'udienza stabilita esporre o presentare al pretore la sua domanda coi documenti sui quali si fonda, e dichiarare la residenza, od eleggere o dichiarare il domicilio, in conformità del num. 5 dell'articolo 134, se non l'abbia fatto nell'atto di citazione.

Il convenuto deve alla stessa udienza dare la sua risposta oralmente o per iscritto, e dichiarare la residenza, od eleggere o dichiarare il domicilio nel modo prescritto per l attore.

Il pretore può concedere una proroga al convenuto per dare la risposta, o per produrre documenti.

Annotazioni.

1. Al rito della citazione è stato già provveduto nell'articolo 135. Se il valore della causa non eccede le cento lire è ordinata la citazione economica *per biglietto*. Il termine è segnato dall'articolo 147, e può subire, secondo le circostanze, ulteriore abbreviazione per l'articolo 154.

Si notò a suo luogo che la citazione per biglietto non differisce nella sostanza dalla citazione ordinaria. Un cospicuo scrittore ha detto (*Commentario del Codice sardo*, vol. I, part. II, n. 37) che *non esistono nullità assolute nelle citazioni presso i giudici di mandamento* parmi però ch'egli stesso non abbia

insistito nella sua tesi, mentre più avanti, al n. 49, insegna che *il giudice stesso può rilevar d'ufficio la nullità della citazione*. Con autorità tolte dalla giurisprudenza piemontese egli stabilisce che il giudice può e deve rilevarla di ufficio (come nella contumacia).

Non introduciamo novità per conto dei giudici inferiori. La citazione dicono essere di diritto umano e divino, noi diremo di diritto naturale. Non si può esser citato di più o di meno: si dev'esserlo quanto basta alla difesa: la legge ha già fissati i suoi principii sulla validità o nullità degli atti di citazione: essi valgono per qualunque magistratura in fatto di giurisdizione contenziosa.

2. Questione. — *Della comparsa spontanea e volontaria delle parti senza citazione.* La *comparsa spontanea e volontaria delle parti*, altra volta sostenuta da una speciale disposizione di legge rispetto ai giudici inferiori, mancò di tale appoggio dall'articolo 53 in poi del Codice sardo del 1854, come ora vedremo. L'articolo 7 del Codice di procedura francese l'ammette espressamente e largamente. Due derogazioni alla legge comune si ravvisano in questo sistema. *Si deroga alla citazione* e alle sue forme, e vi si sostituisce il contratto giudiziale. *Si proroga la giurisdizione* rimettendola nel totale arbitrio delle parti che possono comparire spontaneamente avanti un giudice del grado di un giudice di pace, di un pretore o simile, in qualunque punto del territorio dello Stato, eccettuata la incompetenza per ragione di materia o di valore. Il sistema francese e il siciliano si spingevano più avanti. Il giudice di pace poteva sentenziare, per volontà delle parti, *inappellabilmente*. Era una specie di arbitrato o compromesso giudiziale in tutto il rigore della parola.

Nell'ultimo Codice sardo non se ne fa motto. Nell'attuale ecco ritornare l'idea e sembra con nuovo vigore, venendo a prender luogo nella rubrica intitolata *Delle disposizioni generali* (articolo 37).

Ogni domanda, dice l'articolo 37, *è proposta con atto di citazione*, salvo che la legge stabilisca un altra forma, O LE PARTI COMPARISCANO VOLONTARIAMENTE, *osservate del resto le forme proprie di ciascun procedimento*.

Debbo richiamare le brevi osservazioni da me fatte a quell'articolo e il brano della relazione del ministro Pisanelli, che ci fa conoscere due cose: 1ª che in realtà quella idea è ricomparsa di fermo proposito nella nuova legislazione, 2ª che il suo effetto però è limitato. *Non dispensa che dalla notificazione per atto di usciere.*

Il pensiero dell'illustre ministro potrebbe dirsi quello della legge, e io lo vengo di tratto in tratto rammentando come il miglior appoggio che si possa desiderare alla mia interpretazione. Ma o talvolta il testo sia uscito non esattamente conforme al progetto, o nuovi sensi e modi d'interpretazione scaturiscano dal medesimo testo, la giurisprudenza potrebbe anche scostarsi da quella dichiarazione autorevole.

Io diedi allora un fuggevole cenno, riserbandomi di parlarne meno astrattamente sorgendo il caso dell'applicazione.

E credo sia venuto il caso, standomi nell'avviso che il concetto dell'articolo 37 non sia propriamente generale, come sembra risultare dalla sua espressione: che non possa conseguire la sua effettuazione se non avanti i giudici inferiori.

Come fu già da altri autori osservato, *la mutazione che si porterebbe sugli ordini comuni della giurisdizione da codesto metodo non sarebbe sostanziale*. La comparsa di amendue le parti già concordate nella questione da decidersi, surrogherebbe la citazione, il reciproco assenso, il *quasi contratto giudiziale* non farebbe desiderare un atto di citazione che si direbbe inutile. Quanto alla giurisdizione: se noi due che abbiamo una questione di 300 lire, trovandoci per caso in viaggio, in un paese lontano dal nostro, cadiamo d'accordo di farla decidere dal primo giudicente che ci capita, noi improvvisiamo altresì la giurisdizione, ma nulla si oppone a ciò quando non vi sia ostacolo di materia o valore, come già si disse. Io sostengo che tu devi essere espulso dal quartiere che io ti ho locato, essendo cessato il termine della locazione, o in pena di non aver pagato nel tempo convenuto, tu sostieni il contrario. Messa in chiaro avanti il giudice la contestazione nostra, e fattone un verbale, che importa se sia corsa o no una citazione? E l'ordine normale della giurisdizione sarebbe forse profondamente cangiato? Niente affatto. Non si tratterebbe che di variare l'ordine della *competenza territoriale*: e sappiamo che in ciò le parti sono libere, usano di una facoltà legittima. V. le Annotazioni all'articolo 90 e seg.).

Queste o simili considerazioni devono aver indotto il legislatore a restituire ai litiganti quella non dannosa libertà che il silenzio del Codice intermedio rese per lo meno assai dubbia.

Ma l'articolo 37, malgrado la generalità della sua espressione, avrà tale portata che si estenda a tutti i tribunali, a tutte le corti, a tutte insomma le autorità giudiziarie?

Ecco la seconda parte del quesito che io credo dover risolvere, dicendo che *non può oltrepassare la sfera dei tribunali inferiori*.

Citatio, prima pars judicii dicitur (*Instit. de pœna temer. litig.*). Lo stesso art. 37 comincia: *ogni domanda è proposta con atto di citazione*. Indi segue la limitazione; ma la citazione dovrà sempre ritenersi necessaria nei giudizi formali. Non si può concepire in qual modo *la comparsa spontanea delle parti potesse supplire all'assoluta mancanza della citazione*. Non si può concepire come il rito formale, che comincia dalla costituzione del procuratore sull'atto di citazione, potesse svolgersi senza la citazione. Le appellazioni, i passaggi della lite di grado in grado, mancherebbero della loro base. La pretesa, e dagli ignari vantata semplicità dei giudizi, non è che la confusione e il disordine: la legalità è l'ordine. Troppe osservazioni si potrebbero fare; dico troppe, perchè la evidenza parla da sè.

Perchè l'articolo 37 non sia stato inutilmente scritto, e niuno osi asserire che una regola che campeggia fra le generali, e quindi destinata alle più vaste applicazioni, non sia che una vanità e una chimera, noi, che ne affrontiamo primi la interpretazione, riteniamo che una reminiscenza della procedura o francese o napolitana o sarda abbia pertanto riprodotta una disposizione che forse nei giudizi più semplici e di minor conto ha fatto buona prova. Dico nei giudizi più semplici, in affari minuti e correnti, nelle azioni personali e mobiliari di tenue somma, poichè, secondo questa teoria, deve ritenersi implicita nell'articolo 37 la condizione o riserva, *in quanto sia compatibile colla qualità del giudizio*, e certamente non è disposizione compatibile colla qualità, forma e sviluppo dei giudizi formali, *ma può esserlo avanti i pretori e giudici conciliatori*, come appunto avvisarono altre e non lontane legislazioni; e in questo vogliamo restringere la intelligenza di quella parte dell'articolo 37 (1).

Raccomandiamo ai pretori e ai giudici conciliatori l'avvertenza di Carré, che si è data in nota, senza cui il giudizio sarebbe informe, mostruoso, e non avrebbe principio d'esistenza.

Onde poi si abbia cura di tenere in termini ristretti la pericolosa elasticità di quella legge, rammento le moltiplici quistioni intorno al citato articolo 5, non ancora irrevocabilmente decise, come si è espresso il Chauveau ragionando intorno a quello, sull'arbitrio che avrebbero le parti di prorogare la competenza del *giudice di pace* (del quale solo si parla) oltre i suoi termini naturali; questioni che non si dovranno riprodurre fra noi, poichè il più semplice buon senso giuridico, lontano dalla esagerazione di una libertà che ci condurrebbe all'anarchia, deve consigliarci a non permettere che si ecceda la ragione di competenza di materia o valore determinata dalla legge, fermando la mente in questo, che *la comparsa volontaria delle parti potrà tener luogo di citazione*, ma non contenere domande superiori a quelle che la citazione stessa potrebbe proporre alla competenza pretoriale.

Articolo 416.

Le dichiarazioni di residenza, o le elezioni o dichiarazioni di domicilio, le domande e le difese proposte oralmente sono riferite sommariamente nel processo verbale della causa, il quale è sottoscritto dal pretore e dal cancelliere, previa lettura alle parti.

Quando le domande o le difese siano proposte per iscritto, questo si presenta per doppio originale. Il pretore appone la sua firma sugli originali, e uno

(1) Ho detto superiormente che, a fronte di un testo così espresso, non potrebbe ammettersi la spiegazione data dal Rapporto ministeriale che cioè non si tratti della *mancanza della citazione*, *ma solo della notificazione*. Che i francesi, primi autori di questa legge, abbiano sempre inteso della propria e vera mancanza della citazione, basti questo passo del Carré: « Si la comparution en justice de paix « a presque toujours lieu en exécution d'une cita- « tion notifiée, *un tel acte n'est pas absolument né- « cessaire pour introduire l'action. Il devient inutile « et frustratoire* dès lors que les deux parties se pré- « sentent simultanément au juge et lui attestent « qu'elles consentent à lui soumettre leurs con- « testations; mais, en ce cas, il faut *que le juge ou « son greffier rapporte sur le champ et par écrit*, cette « déclaration, *qui remplace en quelque sorte la cita- « tion*, et dans laquelle, par conséquent, il convient « d'insérer *la date du jour où elle est reçue, les noms, « professions et domiciles des deux parties, l'énon- « ciation sommaire de l'objet et des moyens de la de- « mande* » (art. 7 del Codice di procedura franc.).

di essi è rimesso all'altra parte. Questa disposizione non si applica alle domande proposte nell'atto di citazione.

Annotazioni.

Vedi le Annotazioni all'articolo 421.

Articolo 417.

Il pretore, sugli atti avanti indicati, sentite le parti in persona nelle loro ragioni ed eccezioni ulteriori, deve procurare di conciliarle. Se la conciliazione abbia luogo, ne fa risultare con processo verbale sottoscritto anche dalle parti.

Annotazioni.

Vedi le Annotazioni all'articolo 421

La parte può comparire mediante mandatario specialmente autorizzato. Il tentativo di conciliazione non può aver luogo che nel confronto personale delle parti. A differenza della conciliazione che la parte stessa propone (*Titolo preliminare*, capo II, qui non è impulso della parte, ma ufficio del magistrato; non si previene il giudizio, ma si tenta di troncarlo; è semplicemente occasionale, non costituisce una giurisdizione *sui generis* nell'àmbito del comune, ma è compresa in quella del giudice della lite. Le disposizioni degli articoli 2 e 6 dovranno osservarsi; non credo applicabile quella dell'articolo 5.

La conciliazione seguita *coram prætore* avrà l'effetto di convenzione giudiziale o di una vera sentenza? Non essendo attribuita facoltà al pretore di rendere esecutivo il processo verbale di conciliazione neppure per trenta lire (articolo 7), *l'atto di conciliazione ha forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio* (articolo 7).

Articolo 418.

Quando la conciliazione non riesca, le istanze e difese ulteriori possono proporsi oralmente o per iscritto, nel termine stabilito dal pretore, osservate le disposizioni dell'articolo 416

I termini possono prorogarsi soltanto una volta.

Articolo 419.

I documenti presentati da una parte sono comunicati all'altra

Le scritture originali possono comunicarsi per copia; sulla copia e sull'originale il pretore appone la sua firma, previa la collazione fattane dal cancelliere in presenza delle parti.

Annotazioni.

1. *Del procuratore nei giudizi pretoriali.*

In tutti gli altri codici di procedura non si disdegnò di dichiarare che avanti i giudici di mandamento giudici di pace, giudici di circondario nel già regno di Napoli, le parti devono comparire personalmente o *farsi rappresentare da persona munita di procura generale o speciale* (art. 27 del Codice del 59). Il nostro Codice non parla che di attore, di convenuto, di parti, e non mai di procuratori. Il diritto di agire per mezzo d'altri è prerogativa della individuale libertà. Se mi costringete a fare da me tutto quello che o non posso utilmente fare o non voglio, la mia attività è diminuita, forse anche condannata alla impotenza. Nei giudizi prepondera talvolta un concetto opposto pel quale si restringe effettivamente la mia libertà. Vi sono certi atti nei quali non mi è permesso interporre altra persona Perchè? Perchè *l'uso della mia naturale libertà può nuocere alla verità*, scopo sommo dei giudizi. Non posso giurare per mezzo altrui, perchè, a meglio scrutarli, si ha diritto di assistere alla manifestazione personale o diretta de' miei pensieri; perchè non vi ha solidarietà fra le coscienze. Solo a fronte di questo grande interesse della giustizia può il legislatore reprimere la mia libertà, im-

pormi una cerchia d'azione ristretta al moto della mia persona. L'azione procuratoria ha una maggiore o minor estensione. Nei giudizi maggiori io debbo scegliermi il difensore nella classe ufficiale, perchè istrutto, perchè responsabile, perchè ha la fede pubblica, e in essa la guarentigia delle proprie operazioni. La mia libertà si restringe, ma nell'interesse del bene e nel mio proprio. Nei giudizi minori la scelta del mandatario è più libera che nei giudizi maggiori, mentre non sono obbligato a scegliermi un procuratore in una classe ufficiale. Mi è restituita in certo modo la libertà intera, perchè ivi la difesa è più limitata e meno importante in ragione della semplicità della contesa, il cui mal esito può esser facilmente corretto con un appello ugualmente economico e pronto. Ne consegue che nei giudizi pretoriali, benchè non si parli di procuratore, eserciteremo questo diritto colla maggior possibile libertà [1].

Sarebbe d'uopo, osserva il Carrè trattando questo argomento, che la legge avesse fatta una eccezione alla *regola generale* (io dirò al principio della difesa personale, scritta in un Codice superiore a quello della procedura, onde non cerchiamo se vi sia la *concessione*, ci basti che non esista *limitazione*.

Io sono d'avviso che il silenzio stesso della legge conduca a tal conseguenza. In altri codici si soleva portare delle restrizioni, pure ammettendo il diritto di rappresentanza. Ora si richiedeva il permesso del giudice (art. 55 del Codice sardo del 1854), ora poteva il giudice restringere la rappresentanza a certi ordini, classi o categorie di parenti (art. 77 del Codice sardo del 1859). Ritengo tolti di mezzo quest'impicci; certo è peraltro che il giudice non ammetterà al suo cospetto persone indegne, incapaci, o proibite dalla legge.

Sulla forma del mandato può osservarsi che la legge giudiziaria non tiene sempre un modo. Pei giudizi formali esige *un mandato*, e s'intende alla forma dell'art. 48. Negli affari di commercio il mandato *può essere scritto in fine dell'originale o della copia dell'atto di citazione* (secondo che si tratta o dell'attore o del convenuto). La carta stessa in cui si scrive è già una garanzia della volontà del mandante, dalle cui mani indubbiamente proviene. Non vedrei perchè nelle cause dei pretori e conciliatori non si avesse a tenere questo semplice stile.

2. Cotale facoltà della parte impedirà al giudice di ordinare la *comparsa personale* quando la qualità dell'affare, e la probabilità di cavarne un buon risultato per la verità, ne lo consigli? No per certo. « Nous adoptons l'af« firmative de cette question (dice il Carrè, « quest. 44 addit. *bis*) et la raison sur laquelle « nous fondons notre solution, c'est que tout « juge, lorsque la loi ne le défend pas expres« sément, peut user de tous les moyens qu'il « estime utiles ou nécessaires pour eclairer sa « religion ». È per noi testuale la disposizione dell'articolo 446.

3. La firma del giudice, come sull'originale così sulla copia, attribuisce alla comunicazione per copia la stessa autenticità che avrebbe l'originale.

Articolo 420.

Quando si faccia luogo a qualche atto d'istruzione, per cui la causa sia rinviata, le parti sono rimesse ad altra udienza fissa.

Annotazioni

Questo testo si applicherà nel modo che sarà possibile. Essendovi di mezzo atti d'istruzione, non sempre potrà destinarsi ora per allora la udienza, e potrà anche fissarsi, esaurita l'istruzione.

Articolo 421.

Il pretore, quando ravvisi la causa istrutta sufficientemente, o la parte dichiari di non voler rispondere, se non creda di pronunziare la sentenza nella stessa udienza, stabilisce per la pronunciazione una delle prossime udienze.

---

[1] [illegible] essere gli onorari del procuratore a carico del soccombente appartiene ad un altro principio. Nei giudizi la presenza del difensore ufficiale è [illegible] necessario. Per questo principio il [illegible] è tenuto alla [illegible] verso il vincitore che non poteva esimersi da questa spesa.

Le parti devono rimettere al cancelliere gli scritti e i documenti riuniti in fascicoli.

Annotazioni

1. L'assoluta oralità non è prescritta in veruno caso nei giudizi pretoriali. Le deduzioni scritte sono permesse (articolo 416). La causa procede di udienza in udienza senza lacune di termini intermedi, ma la legge non impone al giudice una sollecitudine angolatoria e soffocante; gli lascia una onesta comodità di vedere e di studiare, e ne sia suggello questa formola *quando ravvisi la causa istrutta sufficientemente, o la parte dichiari di non voler rispondere*, e non gli si prescrive neppure la pronunziazione all'udienza prossima.

2. *Dei processi verbali.*

La facoltà delle difese verbali in questa maniera di giudizi, facoltà che fu quasi necessità in qualche sistema anteriore, fece dire a un dotto scrittore della materia che « il giudice è in certo modo il causidico delle parti e l'istruttore del processo prima di esserne giudice » (*Commentario al Codice sardo*, vol. I, part. II, pag. 151). Il pensiero era tolto dalla relazione del Governo che precedeva il Codice del 1854, che, malgrado le sue imperfezioni, in Piemonte segnava un'epoca nuova. L'articolo 60 vi corrispondeva, dicendo che « tutti gli atti ulteriori (tornata senza effetto la conciliazione) che possono occorrere per la istruzione della causa sono fatti per mezzo di verbali che saranno dal giudice dettati al segretario, da questo distesi su apposito registro, e da entrambi sottoscritti previa lettura fattane alle parti, della quale sarà fatta menzione ». Presso a poco l'articolo 81 del Codice del 1859 conteneva la stessa sanzione. Il presente Codice che si propone di esser meno didattico e meno minuzioso, non parla di codesti verbali contenenti la storia dell'istruzione, ma nell'articolo 416 stanziò *il verbale della causa*. Se non si presentano difese scritte, il giudice ha cura che il compendio e la parte sostanziale delle difese orali sia assicurata nel verbale ch'egli stesso detta al suo cancelliere. Nella relazione del Senato che preluse alla legislazione piemontese del 1854, si calcò su quella frase *dettare*, come quella ch'era *opportunissima per addossare al giudice tutta intera la responsabilità dei verbali ch'egli deve giustamente assumersi*. Dettati questi verbali, il giudice deve darne lettura alle parti che possono portarvi i loro riflessi, il giudice gli accoglie se li trova giusti; dev'essere fatta menzione della lettura; il verbale dev'essere sottoscritto dal giudice e dal suo cancelliere.

Col succedere delle legislazioni e coll'esperienza, si viene chiarendo il concetto che distingue le funzioni di un Codice di procedura da quelle di un regolamento che svolge l'idea del Codice nell'ordine esecutivo, e la rende praticabile. Ora si è bene inteso che questo è materia di regolamento. Quello del 14 dicembre 1865 *per la esecuzione del Codice di procedura civile*, nell'articolo 192 descrive i vari registri che si tengono nelle preture. Il registro di udienza (n. 1), è distinto da quello così detto *dei processi verbali delle cause*. « In esso saranno riferiti tutti i fatti e le dichiarazioni di cui è parola nella sez. I, cap. V, tit. IV, lib. I del detto Codice, e che non devono notarsi in altri registri. » Sono ancora distinti da questo i processi verbali *degli esami*, *delle perizie*, ecc. Per quell'ordine, il verbale d'udienza non involve la materia del secondo registro, nel quale si racchiude ciò che vi ha di più importante nella causa, e servirà più tardi all'appello e agli altri giudizi superiori.

Articolo 422.

Quando nella prima risposta il convenuto domandi di chiamare in causa un garante, il pretore accorda un termine per citarlo.

Se la domanda non sia fatta nella prima risposta, o la citazione del garante non sia eseguita nel termine stabilito, l'istanza in garantia è separata dalla causa principale.

Articolo 423.

Chi abbia interesse nella causa può intervenirvi, finchè il pretore non abbia provveduto per la pronunciazione della sentenza a norma dell'articolo 421.

La parte che vuole chiamare in causa un terzo, a cui creda comune la

controversia, deve dichiararlo all'altra parte prima del provvedimento suddetto. Il pretore stabilisce un termine per la citazione del terzo.

Annotazioni.

1. *La domanda in garanzia* che appartiene *alla difesa indiretta*, *è da pure* circoscritta ai preliminari della causa. Qui si dice che *il convenuto può proporla nella prima risposta*. La prima risposta sarebbe quella dell'articolo 416, dopo la quale e in seguito della quale udienza si assume l'opera della conciliazione. Nell'articolo 418 si parla di *difese ulteriori* che la parte è in diritto di fare. Bisognerà distinguere. O il convenuto comparso nella prima udienza non ha fatto difesa, ben potrà proporre la domanda di garanzia, quando, caduta la conciliazione, prende a difendersi quella è per lui *la prima risposta*. Se nella udienza immediata proponesse altre difese, sarebbe decaduto da questo diritto in quanto la causa contro il garante dovrebbe decidersi separatamente.

La seconda parte dell'articolo 423 tratta essa pure dell'intervento *coatto*, mentre la prima riguarda l'intervento volontario.

2. Fra la chiamata allo scopo della garanzia e quella che tende a partecipare il giudizio al terzo che si reputa *aver con noi comune la controversia* corrono le differenze già state avvertite agli articoli 201 e 203. Nell'uno e nell'altro caso la difesa ha interesse nell'intervento di altre persone, nel primo si adopera di scaricare sopr'altri o in tutto o in parte il peso di cui si è minacciati, nel secondo, o la partecipazione della lite ai consoci di diritto ci fa sperare un più solido appoggio nella nostra stessa difesa, ovvero a noi importa che alla crisi da noi temuta siano presenti anche i cointeressati per tutte le conseguenze che possono nascere dal giudicato. La procedura iniziale in ambo le ipotesi è uniforme *quanto al modo, non così quanto al tempo*.

La *chiamata in garanzia* dev'essere fatta nella *prima risposta*. Non si dice *avanti e prima d'ogni risposta*, il che è riflessibile. Ci sono, come abbiam visto più d'una volta, eccezioni che devono proporsi *prima di ogni altra difesa* tale è per esempio la eccezione d'incompetenza o declinatoria del foro che non sia per materia o valore (art. 187). In siffatto caso si ha *una questione di logica* nell'incidente di garanzia si ha invece *una questione d'ordine processuale* Chi ha spiegato difese di merito non ha evidentemente riconosciuta la competenza del tribunale? Invece la prontezza della domanda di garanzia è imposta per non disordinare il processo con protrazioni che non interessano che una sola parte, cioè quella del convenuto Vi ha di più. Il terzo, costretto a venire in giudizio, tratto ad una giurisdizione che forse non è la sua propria, deve almeno avere comodità di assistere agli atti più importanti del processo. Ma il convenuto non decade, come si decade nel primo caso, dal suo diritto, solo arrischia di dovere abbandonare la forma più comoda e utile della *eccezione*, e questa si converte in *azione*, e si giudica separatamente.

Ciò quanto al *tempo*. Sembra che la stessa o poco diversa ragione, in ordine al tempo, militi per la chiamata del *cointeressato*. Di fatti nel procedimento ordinario è fissato che l'una e l'altra maniera *d'intervento coatto e passivo* sia proposta in principio del giudizio e nei termini dell'art. 201 Per contro troviamo che nei giudizi pretoriali la chiamata del garante deve farsi alla *prima risposta*, e quella dei pretesi consorti, o cointeressati nell'azione, può farsi in ogni tempo *prima della pronunzia della sentenza*, o prima che il giudice abbia fissato il giorno della udienza in cui sarà per pronunciarla. Sono costretto a notare la disarmonia dei due procedimenti, l'inconveniente del secondo apparirà ad ognuno.

L'*intervento volontario* non soffre angustia di termini come la chiamata del terzo garante; può sempre ammettersi quando non arrechi impaccio di tempo alla causa principale. L'interveniente, dimostrato l'interesse, esercita un diritto che chiamerei *addizionale*, e si adagia senz'altro nella vertenza, deducendo ciò che può essere utile a lui stesso, e conferire alla verità invece la chiamata del terzo introduce una causa nuova e nuovi convenuti, e produce una complicazione molto diversa (V. Annotazioni agli articoli 201, 202, ecc.).

3. *Il pretore non ha egli autorità di ordinare d'ufficio l'intervento di un terzo giusta l'articolo 205?* Parmi doversi rispondere affermativamente, essendo quella legge posta nell'interesse della verità, quindi opportuna a qualunque giudizio.

4. *Delle istanze riconvenzionali.*

Il tema è analogo a quello della chiamata in garanzia anche nel rispetto ordinatorio. Negli articoli 101 e 102 è determinato il limite della competenza dei pretori e conciliatori rapporto alle azioni in riconvenzione. Intorno al modo di

procedere si tace. Le due precedenti legislazioni piemontesi furono concordi nel disporre con egual rito delle domande in garanzia ed in riconvenzione art. 124 del Codice di procedura sardo del 1854, art. 136 capoverso del precedente del 1859). La domanda riconvenzionale doveva proporsi alla *prima deliberazione*. Può sentirsi il dubbio se il silenzio della legge nuova valga una deroga, e così io tengo. Spesso ci accade di riferirci ad una legge anteriore come non derogata dal silenzio, o perchè giusta e necessaria ed entrata abitualmente nella pratica, o perchè rispondente ad altri ordini del nuovo diritto e pressochè sottintesa. Dove però si abbia a restringere la libertà dei giudizi, e imporre condizioni che potrebbero metter in pericolo la validità stessa del processo, non troverei contenuto nella ragion della legge ciò che non risulta dalla sua parola. Poi a questo luogo la soppressione mi pare ponderata. Aggiungo un terzo motivo a così opinare. La *compensazione* è tale eccezione che, eliminando il debito, tien luogo di pagamento, e, come è noto, si propone anche dopo la cosa giudicata: tal è la sua importanza. A difender la legge potrà dirsi che è nell'interesse del convenuto proporre in tempo utile la istanza di riconvenzione, altrimenti non si avrà *processo simultaneo*, e il giudice potrà sempre decidere l'azione qualora per fatto dello stesso convenuto il ritardo tornasse soverchio.

5. *Della forma degli incidenti nei giudizi pretoriali.*

Dirò poche cose sul generale di questo argomento. Avanti il giudice singolare il rito non può svolgersi come nei giudizi di collegio, ciò è manifesto; il giudice è il tribunale, e possiede la pienezza della facoltà. Ma in quanti casi potrà evitarsi l'udienza e la discussione? Ogni volta che le parti siano d'accordo in fatto d'incidente, propriamente tale (1), non avranno che a presentarsi al giudice, ed egli paternamente sedendo, secondo lo spirito dell'art. 181, sulla concorde domanda, farà un rescritto che avrà la sua esecuzione.

Articolo 424.

Gli interrogatorii possono proporsi oralmente o per iscritto

Quando non sia contrastata l'ammissione degli interrogatorii, il pretore può ordinare all'interrogato, che sia presente, di rispondervi immediatamente.

Se sia contrastata l'ammissione degli interrogatorii, e questi siano stati proposti oralmente, il pretore determina nella sentenza in modo preciso i fatti sui quali si deve rispondere.

Annotazioni

L'interrogatorio *improvviso ed orale* nei giudizi minori è una bella novità; tiene a cogliere la verità quasi di volo, mentre si occulta facilmente dietro la riflessione. Come si propone l'interrogatorio orale? Non altro certamente che alla udienza è lì; signor giudice, interrogatelo. Spetterà al giudice formolare le domande ma non si convertirà di tratto la scena in una *comparsa personale*? Perchè il convenuto non potrà a sua volta domandare che l'attore sia interrogato sopra circostanze a lui favorevoli? Ed io lo credo. Intanto si vede con piacere che il legislatore fa ogni suo potere per famigliarizzare, dirò così, codesti giudizi, e ricondurli alla semplicità primitiva.

Senonchè si fa subito un passo indietro. Se l'*ammissione è contrastata*, si lascia l'interrogatorio orale e si passa allo scritto. Per *contrasto* s'intende qualunque semplice e non motivata, e anche non giuridica opposizione di rispondere verbalmente, che vale quanto rimettersi alla legge comune.

Ed io avviso che il proprio e vero interrogatorio ad esaurire gli effetti dell'articolo 218, non si abbia fuorchè dallo scritto. Perchè i fatti sui quali non si risponde, si ritengono *ammessi e confessati*, è mestieri che ne risulti la formola precisa, anche all'oggetto dello studio ed esame che potrà farsene in appello e in cassazione.

Articolo 425.

Il giuramento decisorio può essere deferito dalla parte personalmente, o per mezzo di mandatario. Il mandato deve essere speciale per quest'oggetto, salvo che la parte sottoscriva l'atto col quale è deferito.

(1) Non posso ripetere ciò che si è detto largamente altrove su questa materia.

La formola del giuramento può essere proposta oralmente, o per iscritto; la formola proposta oralmente è ridotta in iscritto nel processo verbale della causa.

Se la parte cui è deferito il giuramento non sia presente, o chieda un termine per fare osservazioni sull'ammissione o sulla formola del giuramento, il pretore stabilisce all'uopo l'udienza.

Annotazioni.

1. È tanto essenziale in questa materia il rito della legge normale, tanto connesso e rispondente ai principii stanziati dalla legge civile e alle ragioni immutabili del diritto, che, meno le parti accessorie del processo, bisogna in tutto riferirsi alle prescrizioni dell'articolo 220 e seg.

2. Discorrendo un momento della modalità del processo, il giuramento decisorio *si propone all'udienza*, e può anche proporsi con comparsa scritta. Se in quell'udienza la parte non è presente, se l'udienza è differita; se nella nuova udienza sorge opposizione sull'ammissione del giuramento, *il giudice darà sentenza*. Rimarco questa cosa perchè l'articolo non ne fa parola; ma si ponga mente che questo stesso è ordinato nell'articolo precedente in fatto d'interrogatorii, che è materia tanto meno importante. Decisivo si è poi il considerare che trattasi di *sentenza appellabile*: uopo è dunque (quando sia stata contrastata l'ammissione, prego notarlo) uopo è che la sentenza esista con tutti i caratteri estrinseci che le sono propri. Quando adunque si dice che la prova si esaurisce all'udienza, s'intende *concorrendo il consenso delle parti*.

3. Se il giuramento si presta senz'altro apparecchio all'udienza, il giudice avvisa la parte (per lo più ignara del diritto) essere nelle sue facoltà di *riferire il giuramento alla parte contraria*, posto sia riferibile.

4. Non credo applicabile alla lettera la seconda parte dell'art. 223: il giudice potrà stabilire il termine che dovrà decorrere dalla notificazione della sentenza alla prestazione del giuramento, ossia fissare la udienza relativa. Oltrechè la ragione dei termini suole avere un rapporto mutabile e relativo alla qualità del procedimento, e il corso del termine ne costituisce per avventura la principal differenza, sicuro argomento se ne deduce dal secondo capoverso di questo articolo, ove una simile facoltà si vede accordata al giudice.

5. Che il pretore possa deferire *d'ufficio* il giuramento, nessun dubbio; e intorno a ciò si veggano le annotazioni all'art. 228.

Articolo 426.

La prova testimoniale può essere dedotta oralmente o per iscritto. Quando sia dedotta oralmente, il giudice determina i fatti da provarsi.

Articolo 427.

Quando la citazione dei testimoni si debba eseguire nel comune stesso in cui devono essere esaminati, si può fare verbalmente colla sola menzione di essa nel processo verbale d'udienza; se fuori, si fa per biglietto.

Annotazioni.

1. Le disposizioni di questi due articoli si hanno a considerare le sole modificazioni espressamente fatte alla legge comune. Si osservò, parlando del procedimento commerciale, che la nuova legge non ha stabilito per gli esami, per le perizie, ecc., un *procedimento ordinario e un procedimento sommario*, ma ha saputo concentrare nel primo modalità facili a maneggiarsi e a ridursi ai casi più semplici, e ne abbiamo tenuto conto come di un progresso nella parte letteraria del Codice, e un avviamento a migliori destini.

2. *La prova orale può essere dedotta oralmente e per iscritto*. Ma bisogna bene aver presente che prima della formolazione degli articoli vi è la questione dell'ammissibilità. Ritengasi pure che la proposta verbale può farsi all'udienza, ma l'altra parte può opporre la non ammissibilità della prova testimoniale. Può nascere allora una grave questione, che

il giudice deve decidere per sentenza, di sua natura appellabile.

3. *Citare verbalmente* i testimoni degenti nel comune significa avvisarli che devono essere esaminati in un tal giorno ed ora avanti il signor pretore. Dubito di un'economia mal intesa. Chi darà l'avviso? Chi attesterà di aver dato l'avviso? L'avviso verbale dovrà farsi alla persona, con lei favellando, o si potrà trasmettere per mezzo di parenti e di famigliari come un atto scritto? Chi assicura che il testimonio abbia ben capito? Quale controllerà il fatto dell'avvisatore, e di che mai certificherà il processo verbale? È forse una cosa da poco un esame di testimoni? Non suol essere anzi la importanza di tutta la causa? Come si farà stare al dovere il testimonio che non comparisca, e potrà sempre dire: io non sono stato chiamato? È quindi da preferire l'avviso per *biglietto*, ossia per mezzo di lettera del cancelliere, che contiene l'intimo, la cui consegna è accertata dall'usciere.

4. Ora noterò in breve elenco le riduzioni a cui il processo di esame può soggiacere nei giudizi pretoriali.

a) La domanda di ammissione può essere proposta all'udienza, senza bisogno di precedente citazione.

b) *Gli articoli* possono formolarsi dal giudice sopra istanza verbale, ma non bisogna dimenticare che *la prova contraria è di diritto* (articolo 229). Se la parte contro cui si fa la prova è presente, ha facoltà di dedurre articoli o testimoni in contrario, e si differisce la udienza onde nella prossima li produca, od oralmente, da inserirsi nel processo verbale, o in iscritto. Con ciò resta invariabile e sacro il principio, ma non si applica quanto ai modi e termini, l'articolo 229, capoverso. Lo stesso osservava il commendatore Scialoia nel vol. I, parte II del *Commentario al Codice Sardo del* 1854, pag. 294, parlando del consimile articolo di quel Codice.

Ciò non è nella legge, ma è analogo al sistema, che affida principalmente la istruzione al giudice.

c) *Se l'ammissione è contrastata*, se cade la questione, deve pronunciarsi sentenza, come già osservai. E in essa si adempirà al prescritto dell'articolo 230, non senza stabilire il termine della prova contraria.

d) *Se l'esame deve seguire fuori del comune* può delegarsi direttamente un altro pretore del distretto; fuori del distretto, per mezzo del presidente del tribunale.

e) L'esame seguirà nell'udienza fissata.

f) Il termine fissato per l'udienza costituisce *il tempo della durata dell'esame*, salvo la proroga ad altra udienza più o meno vicina e oltrepassando il termine dei trenta giorni (art. 232); ma non occorre fissarlo alla parte, appunto perchè l'istruttoria è regolata dal giudice.

g) *Se le disposizioni degli art. 233 e 234 sono applicabili agli esami dei testimoni avanti i pretori.*

Al Codice di procedura del 1854 fece seguito in Piemonte la procedura del 1859. In quel Codice fu dedicato un titolo chiaro e ben ordinato all'esame dei testimoni avanti i giudici di mandamento. Il processo testimoniale procedeva colla maggiore semplicità. L'esame doveva farsi alla udienza medesima se fosse possibile, in difetto si fisserebbe il giorno e l'ora in cui dovrebbe aver luogo (articolo 119). Non era tolto alle parti di proporre eccezioni contro i testimoni, ma dovevano farlo prima che fosse cominciata la deposizione, salvochè non si potessero produrre prove scritte. Erano richiamate nell'articolo 124 altre disposizioni che riguardavano gli esami avanti i tribunali, ma gli articoli 300 e 301, conformi ai nostri articoli 233 e 234, non erano punto richiamati, quindi palesemente ritenuti inapplicabili avanti i giudici minori.

Nella economia del Codice di procedura civile italiano l'ordinamento del processo avanti i tribunali e le corti ha avuto la preferenza; il processo pretoriale posposto. Ciò ha portato, che trattandosi del rito delle prove già largamente descritto ai luoghi opportuni, tracciate appena alcune norme speciali, si è potuto con un largo richiamo provvedere al difetto della soverchia brevità, e si è chiuso il capitolo coll'articolo 447. L'articolo 124 del Codice sardo sopra ricordato, fa cauto d'indicare gli articoli che, tolti da altre forme processuali, si vollero applicati. Sfortunatamente non si è fatto così nel nuovo Codice. Il richiamo è generico, vago, incerto, lasciando al giudizio dell'interprete il decidere quali delle disposizioni del capo I del titolo IV siano applicabili.

Gli articoli 233 e 234 portano già la loro impronta caratteristica, è impossibile applicarli alla lettera, bisogna sostituire la parte al procuratore, e non sempre la sostituzione è perfetta, poichè non sempre quella ragione che determina una forma di rito nei giudizi ove il ministero del procuratore è richiesto, vale rimpetto alla parte nei giudizi minori. Potrei dire anche di più, perchè parmi d'ippo non sono abbastanza corretto dal mio primo

errore. Lascio dunque da parte la opinione che proposi nelle passate edizioni, e annuncio quella assai più autorevole della corte suprema, alla quale ho l'onore di appartenere, già manifestata in varie decisioni, che ritiene l'applicabilità degli articoli 233 e 234, sostituendo *la parte al procuratore*, e colla principale avvertenza che il pretore nella sua ordinanza o sentenza può compendiare i termini tanto dell'esame, che delle notificazioni, giusta l'articolo 235.

h) Le formalità che accompagnano l'esame (articoli 241, 242, 243, 244, 245, 247) *devono tutte osservarsi;* la loro inosservanza porterà le conseguenze a quei luoghi notate.

i) Delle eccezioni personali contro i testimoni.

Sono da applicarsi gli articoli 236 e 237). Il giudice esamina le prove; differisce, se occorre, l'udienza per decidere sulle eccezioni.

Le *eccezioni* si propongono avanti il giudice delegante, non avanti il delegato, se c'è delegazione.

Articolo 428.

Quando si faccia luogo a perizia, il pretore stabilisce il giorno per il giuramento del perito.

Se il perito non comparisca è citato nella forma stabilita per i testimoni, e, non comparendo tuttavia, è nominato un altro perito.

Il pretore fa dar lettura al perito del processo verbale, o della sentenza che ha ordinato la perizia.

La relazione del perito è fatta verbalmente o per iscritto, secondochè sia ordinato dal pretore, ed è presentata nel giorno in cui fu eseguita la perizia, salvo che, per la distanza del luogo, o per altro motivo, il pretore abbia stabilito un altro giorno.

Annotazioni.

A modificazione della legge comune si nota:

1° La nomina in ogni caso di un solo perito, che non facendosi d'accordo fra le parti, si fa dal giudice;

2° Il modo semplice della chiamata del perito o verbale, o meglio per *biglietto di cancelleria;*

3° La lettura al perito del processo verbale e della sentenza sta in luogo della consegna ordinata dall'articolo 261, che per conseguenza rimane fuori d'applicazione;

4° La *relazione verbale del perito* è immediatamente tradotta nel processo verbale.

Articolo 429.

Quando nell'accesso giudiziale il pretore debba essere assistito da un perito, sono applicabili le disposizioni dell'articolo precedente.

Articolo 430.

Quando si debba procedere alla verificazione di scritture, il pretore ne ordina il deposito nella cancelleria

Annotazioni.

Chi bene osserva il sistema del titolo relativo alla *verificazione delle scritture* vede predominarvi nozioni così sostanziali, che non potrebbero riputarsi superflue in veruna specie più compendiosa di procedimento; vede tenue e parco il giuoco dei termini, onde c'è poco o nulla da ridurre trattandosi di cause minori. In precedenti codici (notando le piccole cose si penetra nello spirito generale, sono le gocce minute che s'infiltrano meglio) fra le riduzioni adottate in tale materia sul processo comune si poneva questa, che il giudice *fra le carte di confronto*, contrastanti le parti, sceglierebbe quelle che a parer suo meglio convenissero, derogando alla regola *che le scritture di confronto devono portare certe impronte o caratteri riconosciuti dalla legge.* Un'altra facoltà era data al giudice di mandamento, facoltà che faceva travedere un'inclinazione, un desiderio del legislatore; *che il giudice pro-*

cedesse da sè alla verificazione, facendosi, ove non si potesse altrimenti, assistere da un perito (articolo 116 del Codice di procedura sardo del 1859 analogo ad altri).

Quest'ultimo proposito avea qualche riscontro nella celebrata procedura di Ginevra. Il Bellot nella esposizione dei motivi avea detto « Conjecture par conjecture celle du juge nous « a paru bien préférable à celle des experts. « Nous croyons devoir plus de confiance à son « expérience, et sur tout à cette responsabilité que par là pèsera sur lui toute entière ».

Questa duplice facoltà, o sia compresa nell'ufficio del giudice, o non abbia voluto farsene un dono ai pretori se non vi è compresa (e ora lo vedremo), non si vede più notata nella procedura che li riguarda, e solo una specialità trova luogo — *il pretore ordina il deposito della scrittura in cancelleria.* Io non saprei dire che sapore abbia. Chi domanda la verificazione deve proporne la prova e *depositare la scrittura in cancelleria* (prescrive l'art. 284). Se non si adempie al precetto, l'autorità giudiziaria potrà sempre imporlo. Pare che il nostro articolo avrebbe potuto risparmiarsi.

Rapporto alle altre due facoltà non accordate, ecco le nostre osservazioni.

L'articolo 280 è una delle più ponderate disposizioni del Codice, e non doveva sagrificarsi al supposto bisogno di tirar via e di far presto. Si può attribuire a un giudice più o meno di poter far uso col suo criterio indipendente degli elementi giuridici che gli son messi innanzi, *ma di crearli questi elementi* non gli dev'esser permesso. Rispetto alla facoltà di *giudicare da sè*, di non far uso di periti, parmi fosse inutile il dirlo, ma il dirlo non era senza pericolo. Avria potuto dedursi che nelle procedure maggiori tale autorità non avessero i giudici. Noi abbiamo, per debito nostro, qua e là nei rispettivi luoghi avvertito, che a cose semplici, intuitive, ove non si complichino misteri d'arte calligrafica (e allora guai!), il giudice può dare il giudizio dei propri occhi e del proprio criterio, quel giudizio che potrà sempre dare anche contro il voto dei periti (art. 270). Si può convenire che nelle cause di minor conto, e d'ordinario più facili, anche per evitare dispendio, il giudice sentirà meno il bisogno di farsi forte cogli oracoli dell'arte.

Articolo 431.

Quando s'impugni un documento come falso, il pretore provvede a norma dell'articolo 406

Annotazioni

1 L'articolo 406 non può esser applicato alla lettera. Il pretore trasmetterà l'atto impugnato di falso al procuratore del re; destinerà nuova udienza per risolvere, deciderà la causa se il documento non è influente, in caso contrario sospenderà il giudizio.

2. Non isfuggirà che in questo punto la procedura pretoriale combina e conformasi alla commerciale. Il procedimento di falso letterale non appartiene nè al tribunali di commercio nè ai giudici minori. Ne abbiamo detto altrove le ragioni.

3. Anche il giudice di pace, il pretore, può decidere la causa principale, come il tribunale civile, indipendentemente dal documento impugnato per falso, ove la istanza si sorregga ad altre prove (in tema di giudizio avanti il giudice di pace, conforme il Thomine, il Carré, questione 56, Chauveau, ecc.). Io penso che non possa più farsi la questione *se, non essendo il pretore competente a conoscere dell'incidente di falso, rimettendone all'autorità competente la cognizione, egli si spogli della causa.* Egli ne ritiene il possesso finchè l'incidente non sia deciso nel senso della falsità. Si avverta che il pretore, sotto la imperiosa ingiunzione dell'articolo 406, deve *sempre* rimettere il documento al procuratore del re, o stimi che sia superfluo e inutile alla causa, o non appariscano dall'atto le supposte alterazioni.

4. Vi sono certe modalità che si spianano, a così dire, e si risolvono nella forma più semplice nei giudizi minori meno per decreto della legge che per la natura di tali giudizi. *La interpellazione alla parte contraria se intende servirsi del documento* (articolo 298) *non potrà farsi a viva voce in udienza?* Ciò ritengono, e credo a ragione, i proceduristi francesi (Pigeau, *Comment.*, t. 1, pag. 26, Carré, addit. 56 bis, all'articolo 45.

Si domanda qual valore dovrà darsi al silenzio dell'interpellato. Scialoia osserva che il silenzio in questo caso, favorevolmente interpretato come si deve, va inteso con animo di *non volersi servire del documento*, al fine di non doverlo rimettere al magistrato sotto il grave peso di una querela di falso (*Commentario del Codice sardo*, vol. 1, part. II, p. 194). Il giudice potrà incalzare le interrogazioni onde avere risposta decisa.

Articolo 432.

Per la discussione di conti il pretore può rimettere le parti davanti un arbitro conciliatore.

Annotazioni.

L'*arbitro conciliatore* avrà i caratteri e le facoltà ch'egli ripete dall'articolo 402 (Vedi le Annotazioni a quest'articolo).

Articolo 433.

Quando si debba dare cauzione, questa è presentata al pretore, o l'atto è ricevuto dal cancelliere, salvo il disposto nell'articolo 331.

Annotazioni.

Ciò intende che l'atto di cauzione non è prodotto in cancelleria colle modalità degli articoli 329 e 330, ma se ne fa capo al giudice stesso, il quale può, io credo, chiamare a sè la parte offerente, proporle famigliarmente le difficoltà, consigliare ed aggiungere ciò che occorra, invitando pur anche, se si trovi conveniente, l'altra parte per venire all'accordo della cauzione. Questo parmi lo scopo di una disposizione tanto nuova quanto asciutta; e che non avrebbe altrimenti ragione di essere. Veggo del resto che l'ufficio risponde all'indole paterna di questa magistratura, ufficio ad ogni modo stragiudiziale, di cui non rimarrà traccia in verun verbale, ma farà sentire i suoi buoni effetti evitando inutili contestazioni.

Articolo 434.

Quando sia richiesto un pretore di altro mandamento per atti di istruzione, il pretore richiedente stabilisce l'udienza in cui le parti dovranno presentarsi al pretore richiesto.

Questi, sull'istanza di una delle parti, stabilisce il giorno e l'ora per l'esecuzione dell'atto, dopo la quale rimanda le parti a udienza fissa davanti il pretore richiedente.

Annotazioni.

Questo è un curioso articolo, e non so donde uscito. Stabilito che il pretore può richiedere il pretore d'altro mandamento *per atti d'istruzione* che abbiano ad assumersi oltre il giro del proprio distretto, sembra naturale che il *pretore richiesto abbia facoltà di destinare il giorno e l'ora in cui vorrà o potrà tenere la propria udienza*. E non tanto perchè egli solo può sapere il come e il quando, ma altresì per una ragione giuridica evidente: che la delegazione investe bensì il delegato di un'autorità che questi non possiede per virtù della propria giurisdizione, ma non assorbe e non fa proprie le funzioni dello stesso delegato. L'ordinamento dell'udienza non è un atto della giurisdizione trasmessa, ma della propria.

La seconda parte dell'articolo non invidia la prima. Il pretore richiesto *stabilisce il giorno e l'ora per l'esecuzione dell'atto*. Dalla *istruzione si passa alla esecuzione dell'atto!* Se non voglio negare ogni senso a queste parole, debbo ritenere l'esecuzione del mandato ricevuto dal delegante, cioè la formazione della perizia, dell'esame del testimonio, e via discorrendo. A parte la espressione, come si conciliano le due facoltà del pretore richiedente *a stabilire* cioè fissare *l'udienza in cui le parti dovranno presentarsi al pretore richiesto*, del pretore richiesto *a stabilire* (seguitiamo ancora con questa cattiva frase) *il giorno e l'ora per l'esecuzione dell'atto*? Vi è di più: *dopo l'esecuzione dell'atto* il pretore richiesto rimanda le parti al richiedente; ciò è in regola; *ma a udienza fissa!* Questa volta è il delegato che spezza il pane al delegante *fissandogli l'udienza!* Io so che la improprietà della redazione ha dato all'articolo una significazione peggiore del suo stesso concetto, ma non so darmi pace come siasi voluto entrare nell'impiccio di udienze reciprocamente fissate ed imposte, violando il principio dell'indipendenza delle giurisdizioni, esempio di cattivo effetto in un Codice.

d'altra parte distinto per liberalità e scioltezza di modi. Per me questa è una legge pressochè ineseguibile.

Riflessi sulla ricusazione del pretore

Negli altri codici di procedura si solevano dettar norme speciali per la ricusazione del giudice inferiore. Per lo più gli si trovava qualche peccato di meno, o, se vi piace, gli si usava un po' più d'indulgenza. Nulla di più giusto che una legge sola per tutti (art. 116).

Ricordiamo che la *cognizione dei motivi* spetta al tribunale da cui il pretore dipende (art. 120).

L'articolo 121 nella sua parte prima non è applicabile che nelle cause di tribunale o di Corte d'appello. L'ultimo però è in termini. « La ricusazione di un pretore si fa con di- « chiarazione depositata nella cancelleria ri- « spettiva prima della discussione ».

È una dichiarazione sottoscritta dalla parte o da suo speciale mandatario, indicante i motivi e i mezzi di prova. Se ne eseguisce la comunicazione al giudice a termini dell'art. 121. Prima della *discussione* qui significa avanti la *prima udienza*: colla discussione il giudice s'intende accettato.

La causa è immediatamente sospesa. La decisione sul fatto della ricusazione non è suscettibile d'appello (art. 128).

SEZIONE II

Delle sentenze, delle ordinanze, e delle spese.

Articolo 435.

Il pretore deve pronunziare la sentenza valendosi degli originali dei processi verbali, degli scritti, e dei documenti presentati dalle parti.

Queste non sono tenute a prenderne copia. Il cancelliere deve spedire le copie o gli estratti che gli siano richiesti.

Articolo 436.

La sentenza deve contenere l'indicazione del nome e cognome, del domicilio, o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, i motivi, il dispositivo.

Quando il pretore pronunzia come giudice commerciale, la sentenza deve farne menzione nell'intitolazione. Il difetto però di questa menzione non annulla la sentenza salvo le pene disciplinali contro il cancelliere che l'abbia firmata.

Annotazioni.

I. L'articolo 436 riassume i caratteri estrinseci della sentenza in quanto si addice al giudice singolare, non ripete la sanzione di nullità dell'articolo 361. Ed era così facile richiamarlo, se si voleva applicato, non meno facile il dir chiaro se la inosservanza e violazione di ciascheduna delle forme dell'articolo 436 e del primo membro dell'articolo 437, o di alcuna di esse, produca la nullità della sentenza.

Si fa quindi risorgere la questione antica, se la sentenza dei giudici inferiori per l'indole e natura loro siano, come quelle dei tribunali, soggette ad annullamento, mentre la legge quanto ad esse si astiene dal pronunziarlo, e suona sì alto il principio (art. 56) che non vi è nullità se non dichiarata dalla legge.

Non si possono dare che quelle risposte che furono già date altre volte; giacchè non so quale inerzia prenda i legislatori, ove parlano delle sentenze dei giudici inferiori, a non voler dire espressamente se e quando saranno nulle.

In Francia ogni contravvenzione alle regole statuite alla formazione delle sentenze era causa di nullità, benchè non espressa. Tale era la conseguenza che chiaramente si dedu-

cava dalla legge 4 germinale, anno II, articolo 3. Ma venne dipoi l'articolo 141 del Codice di procedura ad articolare il fôro di questioni, e dovevano ben nascere, mentre l'articolo 141, non già dettando le sentenze ai giudici inferiori, ma descrivendo i caratteri estrinseci di ogni sentenza, non fiatava di nullità. È noto che Merlin e Toullier (ed erano quei valenti uomini che erano) e con essi alcune corti, non videro infatti nullità ove non era scritta. È noto ancora che la cassazione non tardò ad insegnare la vera dottrina, considerando che mancando di quei requisiti, e quindi dei suoi elementi essenziali la sentenza, come tale non esiste. Di altri argomenti si venne in seguito rifornendo la giurisprudenza francese, che finì coll'esser d'accordo.

Questo cenno storico giova pure a noi, chiosatori del nuovo articolo 436. Senonchè per noi c'è qualcosa di più e qualcosa di meno. Di più, perchè abbiamo una legge che esplicitamente commina la nullità (art. 361), di meno, perchè può dirsi *ubi voluit expressit*, e non avendo circondato l'articolo 436 della stessa sanzione, è argomento che la legge abbia voluto dalla nullità le sentenze dei pretori preservare. A questo argomento si risponde, che le disposizioni per le quali milita la stessa causa si ritengono governate dagli stessi principii, che l'articolo 436 non fa che riprodurre le norme dell'articolo 361, e ciò al solo oggetto di adattarle alle cause dei giudici singolari, togliendo via alcune formalità che alle sentenze loro non convengono, che del resto il valore della causa o il diverso subbietto non ha verun rapporto colle forme essenziali della sentenza, che ogni sentenza è grave, ogni sentenza è importante, e quando la legge esige gli stessi requisiti sostanziali, indica e dimostra che non ve ne ha di più specie, che vivono della stessa vita, e della stessa morte devono morire, che la nullità deriva dalla natura delle cose (articolo 56, capoverso 1°), e ripeterò anch'io le parole del Perrin, perchè sono scientifiche e quindi universali « Le titre « de jugement et la puissance qui distingue « un acte de ce genre ne sont accordé que à « un ensemble de formalités qui ne peut être « scindé ni rester incomplet sans faire éva« nouir le tout. *Il n'est donc pas necessaire* « *que la loi attache expressement* la peine de « nullité à une pièce informe que des magi« strats inattentifs auraient qualifiée de juge« ment » (*Traité des nullités*, pag 221).

2 Avanti i pretori non si prendono propriamente delle *conclusioni*, atto grave e formolarne oltre quello che la facile disciplina pretoriale comporti. Non ci sono che delle *domande* e delle *eccezioni*. Per amore del tecnicismo, che infine è la cote che distingue gli uomini pratici da quelli che non lo sono, prego di tener conto anche di questo rilievo e indi il corrispondente linguaggio dell'articolo 436.

3 Si è detto or ora che la nullità pronunziata dall'articolo 361 si estende anche alle sentenze dei pretori. Nullità assoluta sarebbe 1° *La mancanza totale della menzione delle domande ed eccezioni.* Potrebbe argüirsene il tenore in qualche argomento della sentenza, e questa potrebbe nominatamente riferirsi a qualche atto da cui risultasse, e così salvarsi; 2° *La mancanza totale di motivi e di motivi pertinenti al soggetto deciso*, 3° *La mancanza del dispositivo*, 4° *La mancanza della sottoscrizione del giudice* (V più sotto n° 4). Più volte si è ritenuto equivalere alla mancanza una firma scombiccherata e inintelligibile.

L'*ordinanza* deve avere i caratteri indicati dall'art. 362 L'*ordinanza* sarebbe nulla se fosse, a dir così, uno sconcio, un guazzabuglio senza nome e non per qualunque difetto, e non si dovrebbe procedere a rigore. Di fatti la sanzione di nullità non è propriamente apposta che alle *sentenze*. L'ordinanza facilmente si corregge (capoverso dell'art. 362); la sua importanza è invero molto minore che quella di una sentenza, le sue conseguenze meno gravi.

4 *Sul capoverso dell'articolo 436.*

Quando il *pretore pronunzia come giudice commerciale* (1) si deve dichiarare in principio della sentenza la qualità in cui giudica, ovvero la qualità commerciale della causa. Ma più propriamente l'indole della causa si desume dal suo intrinseco e dalla materia del giudizio. L'epigrafe — *commerciale* — posta in fronte alla sentenza, non le imprimerebbe questo carattere che in sè non avesse. Nondimeno la legge si preoccupa della qualificazione a maggiore esattezza senza fare della mancanza un capo di nullità.

(1) Il tribunale di commercio non giudica che di un valore superiore alle lire 1500 (articolo 83). Quindi il pretore giudica anche di affari di commercio inferiormente a quella somma, non appartenenti allo stesso tribunale di commercio (articolo suddetto).

Articolo 437.

La sentenza è sottoscritta dal pretore, e pubblicata dal cancelliere nell'udienza stabilita.

Se tutte le parti si trovino personalmente presenti alla pubblicazione, la sentenza si ha per notificata.

Negli altri casi la sentenza è notificata alla residenza o al domicilio di cui nell'articolo 415. In mancanza di dichiarazione di residenza, o di elezione o dichiarazione di domicilio la notificazione può essere fatta alla porta esterna della sede del pretore che ha pronunciato la sentenza.

Annotazioni.

1. La *pubblicazione* implica *notificazione* se le parti si trovino *personalmente* presenti: parole calcolate, mentre si confonde così spesso la *parte* con chi la rappresenta. *Ambedue le parti?* E se l'attore che *vince la causa* non fosse presente? Ricordo che l'articolo 85 della procedura ora cessata scriveva « *se entrambe le parti* si trovino presenti alla sua pubblicazione ». Si è conservata la espressione — *se tutte le parti sono presenti.* Pare che lo scopo fosse raggiunto, presente colui che perde, colui al quale la sentenza dovrebbe essere notificata. Eppure non è così. La ragione dev'esser questa. L'atto di notifica della sentenza, come qualunque altro, ha vita dalla volontà di quello a cui istanza si eseguisce; volontà che, mediante la comunicazione legale, s'impone all'altra parte. La notificazione suppletiva o surrogatoria mediante la sola pubblicazione non potrebbe fondarsi in giure diverso: il concorso della volontà del notificante è necessario. Infine è *il quasi-contratto giudiziale* sostituito al metodo ordinario della notificazione e costituito dalla *presenza di tutte le parti.*

Egli è perciò che la formola *tutte le parti* per me si spiega in conformità dell'altra *entrambe le parti*, in questo senso che basta che *la parte vincitrice sia completamente rappresentata*, e mi spiego. Se cinque fossero gli attori in *causa unica e individua*, e uno fosse presente, la volontà comune sarebbe sufficientemente espressa dalla sua presenza. Quanto ai convenuti, ossia coloro *ai quali la sentenza dovrebbe notificarsi individualmente*, è chiaro che tutti dovrebbero essere presenti. Se la notificazione non dovesse farsi che ad uno solo di essi, cioè al capo, amministratore e rappresentante comune, basterebbe che questi fosse presente.

Se la notificazione per pubblicazione riuscisse perciò incompleta, non varrebbe per alcuno, neppure pei presenti, e dovrebbe praticarsi nelle vie ordinarie.

2. Il secondo capoverso dell'articolo è una novella prova della tendenza della nuova legge ad imprimere un moto più rapido ai procedimenti delle cause minori. Ora si manifesta lo scopo dell'articolo 415. Chi non adempie a quella formalità si priva del diritto di notificazioni comode e sicure, onde si proclama quella legge gravissima e sin qui inaudita, *che la notificazione della sentenza può esser fatta alla porta esterna della sede del pretore.* Giusto premio a chi non ha obbedito ad una prescrizione così semplice e salutare.

Articolo 438.

Le ordinanze sono scritte di seguito nel processo verbale di udienza, e sono pubblicate come le sentenze; questa pubblicazione tien luogo di notificazione, quantunque le parti non siano personalmente presenti.

Quando si tratti d'interrogatorii o di giuramento, se la parte che dovrebbe rispondere o giurare non sia personalmente presente, l'ordinanza deve esserle notificata.

Annotazioni.

1. Continuano le riduzioni. Se ai *provvedimenti di mera istruttoria le parti non erano presenti*, si doveva farne la notifica al modo delle sentenze (art. 88 del Codice sardo del 59 così nel Codice napoletano e in ogni altro). È cosa nuova che la pubblicazione in una sala

deserta valga notificazione. Ultimo grado di semplicità in cui non veggo inconveniente. Chi ha una causa deve anch'essere un poco sollecito per sapere: ha lo stimolo dell'interesse. Nel capoverso è corretto l'eccesso in cui si verrebbe a cadere: trattasi di atti diretti necessariamente alla persona, di atti che generano delle responsabilità, e portano termini e comminatorie.

2. Un avvertenza però viene molto opportuna, e potrei dire necessaria. Badate che la legge dice *ordinanza*, non *sentenza*. Notate che la parola *ordinanza*, quantunque con significazione più lata, è sostituita a quello che soleva chiamarsi *procedimento d'istruttoria*. Non si tratterà qui pertanto di *sentenze appellabili*. Se vi fu opposizione, se la prova testimoniale non fu ammessa fuorchè rigettando le mie eccezioni che tendevano a respingerla, se fu accordata o negata una perizia, malgrado io sostenessi che a tale pronunzia ostava la cosa giudicata, e via discorrendo, non è più caso di *ordinanza*, di *procedimento d'istruttoria*, ma di sentenza interlocutoria, e *quoad objectum* definitiva; *deve notificarsi*, perchè, come dissi, appellabile; deve notificarsi perchè, si versa in *pericolo di pregiudizio grave*, ove la possibile ignoranza o tardiva conoscenza della pubblicazione priverebbe del benefizio dell'appello.

3. Vedi *rapporto al registro delle ordinanze*, art. 193, ultimo capoverso del regolamento 14 dicembre 1865.

Articolo 439.

La tassazione delle spese, nelle quali le parti siano condannate, è fatta nella sentenza.

Nella tassazione si possono comprendere soltanto le vacazioni necessarie per assistere alle udienze, le quali siano state per ogni volta dal pretore ammesse, e, nella somma stabilita dal pretore, le spese per gli scritti, gli atti, e le copie da esso riconosciuti necessari, avuto riguardo alla natura della causa e alla condizione delle persone.

Annotazioni.

Le parole *vacazioni necessarie*, ecc., ricevono spiegazione dall'art. 194 dell'ora citato Regolamento. Pare voglia dirsi *le vacazioni* (possibile che non si trovi altra parola di men cattivo suono e più italiana?) relative alle udienze realmente tenute proficue, non alle rinviate, come si può dedurre dall'indicato articolo.

Nella somma stabilita dal pretore — intendo ch'esso ha dalla legge la facoltà discrezionale di valutare le spese necessarie da quelle che non sono.

Come mai *le condizioni delle persone* possono influire *sulle spese?* La espressione è tolta, come altre ancora, dall'articolo 87, uno dei peggio redatti del Codice del 1859. Diciamo per esempio che si tratti di mettere in tassa spese di viaggi, e siccome una persona di *miglior condizione* ha diritto di viaggiare più comodamente, e altri d'inferiore può anche andare a piedi o in posto di terza classe su la ferrovia, perciò delle gradazioni ci devono essere anche nella tassa delle spese.

SEZIONE III.

Della contumacia

Articolo 440.

Quando non compariscano nè l'attore nè il convenuto all'udienza stabilita nell'atto di citazione, questa si ha per non avvenuta.

Se comparisca soltanto una delle parti, la causa è giudicata in contumacia

dell'altra, salvo che sia ordinata una nuova citazione a termini dell'articolo 442, e salvo quanto è stabilito nel capoverso dell'articolo 381, e nella prima parte dell'articolo 382

Annotazioni.

Trattandosi della contumacia del *convenuto*, la pronuncia può esser sospesa, rinnovandosi la citazione. La citazione è *rinnovabile d'ufficio* (vedi appresso articolo 442), *o per volontà* e prudente consiglio della parte comparsa.

Se il convenuto non fu citato in *persona propria*, ma l'atto avrebbe dovuto pervenirgli dall'altrui mano, restiamo incerti, ci troviamo in dubbio, se abbia o no avuto realmente scienza dell'atto che si mandò a notificargli. Che si fa allora? La legge non ordina risolutamente, o in ogni caso, l'invio di una seconda citazione, ma solamente *fa all'attore abilità di mandarla*. Questo è il senso dell'art. 382, parte prima, già spiegato a suo luogo. Nelle cause pretoriali adunque, come nelle maggiori, l'attore può egli stesso fare istanza che la pronuncia si sospenda per mandare al convenuto un'altra citazione che gli chiuderà felicemente l'adito ad un giudizio *in opposizione* (art. 474). Ma essendo *non altro che facoltà*, se l'attore non ne fa uso, il giudice condanna in contumacia senza più interessarsi del modo con cui sia stata eseguita la citazione, fermo però l'attributo che ha dall'art. 442.

« La contumacia della parte non comparsa, » aggiunge l'articolo 195 del regolamento, non » può essere dichiarata prima che sia trascorsa » un'ora dall'apertura dell'udienza o dell'ora » indicata nell'atto di citazione » (in conformità del capoverso dell'art. 154).

Si è fatta anche riserva per la disposizione del capoverso dell'articolo 381. *Le domande riconvenzionali* hanno carattere d'istanze principali, e inaugurano un giudizio nuovo. Conveniamo che la riserva non è totalmente al suo posto frammezzo all'art. 440. Ma intanto è stabilito che, non comparendo l'attore, e il convenuto che ha prodotta la citazione a lui intimata abbia in animo di promuovere siffatte domande, la causa sarà rinviata all'effetto che il convenuto adempia a quella prescrizione.

Se in quel termine l'attore comparisce, essendo una vera citazione introduttiva, cessa di diritto la sua contumacia.

Articolo 441.

Nel caso di due o più convenuti indicato nel capoverso dell'articolo 382, se l'attore non rinunzi all'effetto della citazione contro i contumaci, il pretore rinvia la discussione della causa ad altra udienza.

L'ordinanza è notificata ai contumaci nel termine stabilito dal pretore

Annotazioni.

1. Nelle prime parole di questo articolo è ripetuta la disposizione della 2ª parte dell'articolo 382 che dev'essere completamente osservata. Sembra però diversificare il modo. Anzichè l'attore stesso *ripeta la citazione* colla dichiarazione che *non comparendo la causa sarà proseguita in sua contumacia*, si notifica l'*ordinanza* che decreta la nuova udienza *entro un termine* fissato dal giudice nella ordinanza medesima. E vale una seconda citazione.

Se il contumace non si fa vivo, se non si presenta all'udienza, la causa è definita contro tutti simultaneamente e senza diritto di opposizione.

2. Si domanda se abbia luogo il sistema di notificazione stanziato dell'articolo 385, 2º capoverso, cioè *mediante un usciere a ciò delegato*, cautela ivi prescritta colla maggiore severità. Ritengo la prescrizione non applicabile nei giudizi pretoriali. Bisognerebbe aggiungere alla legge: si deve tener conto della varietà del sistema e della più grave importanza degli affari che si trattano colle larghe maniere del procedimento formale.

L'analogia non potrebbe correre *a majori ad minus*, non potrebbe correre trovando ostacolo nella determinazione d'una legge che non ripetendo la clausola eccezionale, si reputa aver voluto rimettersi alla legge comune.

Vuole però la legge comune, eccettuate disposizioni speciali che qui non avrebbero ragione di essere, che ogni notificazione sia *eseguita personalmente*, cioè alla persona o al domicilio. E così dovrà farsi, tanto più che la notifica dell'ordinanza tiene veramente luogo della seconda citazione.

Ciò s'intende dell'ordinanza primordiale in

SEZIONE IV.

Del giudizio possessorio.

Articolo 443.

Chi ha istituito il giudizio petitorio non può più promuovere il giudizio possessorio.

Annotazioni.

1. Precedenti storici. — Due testi del Codice giustinianeo sembrano porgersi come sorgenti del diritto per cui il giudizio possessorio dal petitorio stanno divisi. Il primo è la *Leg. incerti juris, Cod. de interdictis*. « Incerti juris « non est, orta proprietatis et possessionis lite, « *prius possessionis decidi oportere quæstionem* « competentibus actionibus, ut ex hoc ordine « facto, de dominii disceptatione probationes « ab eo qui de possessione victus est, exigan- « tur ». L'altro è la *Leg. ordinarii, Cod. de rei vindic.* « Ordinarii juris est ut *mancipio-* « *rum orta quæstione prius exhibitis mancipiis* « *de possessione judicetur, et tunc demum pro-* « *prietatis causa* ab eodem judice decidatur ». Nondimeno è storico che la cumulazione dei due giudizi non era interdetta, e la loro separazione è un concetto moderno. Procedeva la ragione di quei testi quando portata avanti lo stesso giudice la questione del possesso e della proprietà, e ognuna delle parti fondandosi nel possesso per esimersi dalla prova del diritto, era al giudice imposto di decider prima la questione del possesso, per far indi ragione della prova. E in due modi poteva accadere. L'attore, asserendosi ingiustamente spogliato dal suo avversario che riteneva l'usurpato possesso, chiedeva col rimedio *adipiscendæ vel recuperandæ* la restituzione del possesso, ed insieme la dichiarazione del diritto di proprietà. Ovvero, chiedendo l'attore il possesso della cosa litigiosa, il reo eccepiva la proprietà e il dominio, con che avrebbe assorbita la causa del possessorio col principio *sententia lata in petitorio parit rem judicatam in possessorio*, onde dell'uno e dell'altro si disputava. La legge, e non in tutti i casi, regolava l'ordine non dei giudizi, ma piuttosto della discussione, e poneva il principio della priorità. Del resto abbondano i canoni di diritto, ecclesiastico specialmente, per accertare la cumulazione (cap. 2, 3, 4, 6 *De causa possess. et propriet.*, *Leg. properandum Cod. de judiciis*. Lungamente si visse in questo diritto in Italia quasi sino agli ultimi tempi; ma in Francia il presente istituto risale sino a Carlo VII e Francesco I.

2. *Sulla vietata cumulazione del possessorio e del petitorio.*

a) Generalità. La cumulazione non è assurda, e chi oserebbe asserirlo se tale non fu riputata dagli antichi maestri? Non è assurda perchè la vedremo anche accettata, in un certo rapporto, nel seguente articolo 444. Ma per due cagioni i giudizi del possessorio e del petitorio si vogliono disgiunti. L'una riguarda l'ordine delle competenze, l'altra la loro stessa qualità e natura.

Dacchè le azioni possessorie furono affidate alla competenza dei giudici di pace, di mandamento, ora pretori, motivi altra volta detti (Vedi Annotazioni all'articolo 82) l'arbitraria unione dei giudizi avrebbe sconvolto quest'ordine. A breve andare l'attribuzione del giudice minore sarebbe stata assorbita dalla giurisdizione più comprensiva, il petitorio avrebbe tirato a sè, per la maggior gagliardia e potenza dei suoi effetti, la causa del possesso. La divisione delle competenze era basata sulla separazione dei giudizi.

Non meno grave è la ragione di fondo. Il possesso è lo stato di proprietà estrinseco ed apparente. È una posizione che dev'essere rispettata, rapporto alla generalità, come guarentigia d'ordine e tranquillità pubblica, rapporto all'individuo, come un fatto giuridico fecondo di vantaggi materiali, e come un posto avanzato, direi, nella via della proprietà effettiva. Quindi il suo concetto pratico si sviluppa in forme semplici, si determina con argomenti di mero fatto, rifiuta le investigazioni di diritto e le lunghe discussioni, e si eseguisce pronta-

mente giudizi con basi diverse, con iscopi diversi, con trattazioni distinte e per qualità e per mezzi (1).

b. Della istanza. Se il carattere del giudizio si desume dalla istanza, se nel dubbio tramite dei due giudizi, possessorio e petitorio, il tenore di essa è più che mai osservabile, mal si potrebbe dare una regola che non fosse un esempio. La parola *proprietà*, come vedremo più avanti, non è così ripugnante da una questione di possesso che non possa anche pronunziarsi nel libello, ma bisogna ben guardarsi dall'attribuire primaria importanza alle prove della proprietà onde vietare al giudice ad occuparsene, perchè allora si metterebbe a rischio la sua stessa competenza.

c. Delle prove e dei titoli. La esposizione e la valutazione dei mezzi nel possessorio e nel petitorio sono essenzialmente diversi. Nondimeno non è imposto al giudice del possessorio di astenersi dall'esame *di ogni titolo e documento* come da cosa proibita, nè al giudice del petitorio di non esaminare la causa del possesso.

La *titulata possessio* (specialmente nelle manutenzioni giurisdizionali) si trovò in certi casi desiderabile dai pratici: in certi casi, dico, per es., se viene in disputa la buona o mala fede del possesso (Posthius, *De manuten.*, observ. 73 num. 11). La produzione di titoli non nuoce alla questione del possesso, talvolta giova. Il Posthius discorrendo del mandato *de manutenendo* in possessorio sommarissimo, non dubitò d'insegnare, colla scorta segnatamente del Menocchio, che in fatto di manutenzione sommarissima — *data paritate possessionis in tempore et in probatione praefertur possessio titulata possessioni non titulatae et qui titulum, seu proprietatem vel dominium probat... et eo magis si titulus antiquior sit possessione... habens enim titulum dicitur habere possessionem magis justam et potiorem... et praefer nda est possessio titulata etiamsi de ea pauciores testes deponant...*, e così avanti. Ma dove si sarebbe arrivati senza un correttivo da frenare tal uso? Quella che si chiamava *manutentio juris* valeva bene, come vale presso di noi, a sostenere il possesso quale giuridico e manutenibile, ma senza trasportare la questione sul campo della proprietà, e nello stesso classico scrittore possono vedersi per tutta la *observat.* XIII accuratamente delineati i fondamenti dell'azione possessoria, e la influenza correlativa dei titoli della proprietà.

La contemplazione dei titoli può servire: 1° Ad avvalorare *i requisiti e le condizioni giuridiche del possesso* (cassazione, 12 gennaio 1854, *Gazzetta dei Tribunali*, anno 1854, tom. I, pag. 305; 7 giugno 1861, *Gazzetta dei Tribunali*, 1861, tom. I, pag. 613). Se viene contraddetta la ragione del possesso che si pretenda *precario*, il titolo della proprietà risolverà nel modo più positivo la opposizione, e pertanto non si decide della proprietà. 2° *Non si tratta di uno dei requisiti del possesso, ma dello stesso possesso, che in quanto è tale riceve rinforzo ed appoggio nel titolo di acquisto.* Un arresto della cassazione suprema di Napoli riportato da Scialoja, 18 marzo 1846, disse in tema: « Che il soggiungersi dal« l'attore di essere il suo possesso avvalorato « dal titolo di compra del 1750 rafforzava la « sua domanda possessoriale a termini dell'in« dicato articolo..., e col titolo e col possesso, « e non cambiava in *petitorio il possessoriale « giudizio* »; 3° *Il possesso può esser negato non in alcuno de' suoi requisiti, ma nella sua medesima essenza e se ne inverte la nozione col sostenere che si ritiene a titolo di servitù.* Allora il titolo può essere necessario a sciogliere il dubbio. Vi sono delle servitù attive che non possono costituirsi che da un titolo, e non possono altrimenti sussistere a verun effetto (art. 630 del Codice civile). E quantunque il giudice non possa a meno di appoggiarsi nel titolo, e in certo modo venga ad affermare la proprietà, non ostante il giudizio possessorio conserva il suo carattere, che consiste nel *proprio oggetto*, e non fa pregiudizio alcuno alla futura questione della proprietà nella quale potrà anche disputarsi della validità del titolo medesimo (cassazione 11 marzo 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, v. I, pag. 112).

Poniamo questa regola: *l'esame e giudizio sui titoli di proprietà, prodotti in causa possessoria (di possesso annale), non altera l'indole della causa stessa quando non apparisca che mezzi razionali diretti a stabilire il possesso giuridico, cioè manutenibile.*

È chiaro che in giudizio di spoglio violento o di reintegrazione, la produzione dei titoli può anche, secondo i casi, cambiarne il carattere, tramutandolo in possessorio semplice o plenario, fors'anche in petitorio mascherato,

(1) Per caso singolare ed eccezionale, [illegible] del [illegible] da [illegible] e [illegible] e quindi imprescrittibile, va innanzi la questione della proprietà [illegible], sentenza 6 settembre 1866, *Relat. [illegible]* Gervasoni.

onde il giudice, convinto dello spoglio, dovrà guardarsi dal prenderli in considerazione.

d) Del sistema della difesa in quanto può eccedere i limiti del giudizio possessorio.

Può fermarsi la massima che il genere di difesa adottato dal convenuto non influisce sul carattere dell'azione intentata ove trasmodi dai termini naturali di tale giudizio, elevando quistioni d'altra natura.

L'attore produce un titolo perchè se ne abbia quella ragione che occorre per sostenere il possesso, e a questo solo scopo. Vogliamo anche supporre che il titolo prodotto sia sostanziale nello stesso giudizio di possesso, dipendendo per esempio da esso, se il possesso, sia a causa di dominio o di servitù.

Il convenuto impugna il documento per vizi intrinseci o estrinseci che lo renderebbero nullo ed inattendibile.

Il giudice dell'azione possessoria dovrà pure risolversi per una di queste tre: o dichiararsi incompetente, attesochè la eccezione è di qualità che supera i limiti del possessorio e involve una cognizione della stessa proprietà, ovvero il giudice sospende la causa possessoria, rimettendo la cognizione del titolo controverso alla sede competente, come si tratti di un incidente pregiudiziale di cui egli non può conoscere, dopo il quale giudizio si riassumerà avanti lui la stessa causa possessoria, o finalmente, non declinando punto la cognizione dell'incidente, indagherà la verità o non verità, la sussistenza o non sussistenza del titolo controverso (cognizione che in ipotesi abbiamo data come indispensabile a sciogliere rettamente la questione del possesso), e ne farà l'apprezzamento che crederà di ragione, al solo effetto e al solo fine di giudicare dell'azione possessoria.

Non posso immergermi nel fitto delle controversie che sono state dibattute dagli scrittori, mentre bisogna convenire che la giurisprudenza ha proceduto con maggiore uniformità.

Il terzo sistema è stato generalmente adottato.

Questo sistema è forte di quel principio fondamentale delle cognizioni giudiziarie — *che il giudice dell'azione è anche giudice dell'eccezione* — se ne togli i casi espressamente eccettuati dalla legge.

Da questo principio discende un corollario che ha pur esso la dignità di un principio, attesa la sua generalità. — *Il giudizio che si esprime sopra un titolo, sopra un diritto considerato come mezzo e prodotto per via di eccezione, non decide della sua legalità, valore ed importanza fuorchè in relazione all'oggetto della lite a cui si applica*, per cui non si stabilisce la cosa giudicata rapporto ad esso titolo o diritto, *ma invece la cosa giudicata si afferma solamente e si determina sull'oggetto stesso*.

Ciò premesso, il giudice dell'azione possessoria, o esamini l'intrinseco valore del titolo, o anche ordini le prove necessarie per rilevarne la verità, per esempio mediante verificazione giudiziale se la scrittura privata è negata, egli non va fuori della linea che gli è fissata, ma anzi fa quello che deve onde pronunziare con cognizione di causa sul possessorio.

Vero è che quello stesso titolo, includendo gli argomenti del possesso, può includere eziandio gli argomenti della proprietà, non si dissimula che lo stesso titolo verrà più tardi a servire di appoggio allo stesso giudizio petitorio e dovrà essere di nuovo apprezzato, ma che perciò? L'oggetto delle cognizioni non si confonde, il giudice del possessorio ha desunto dal documento ciò che giovava al suo scopo, vi ha trovato ragioni e utili sussidi alla questione del possesso. L'altro invece lo verrà contemplando nelle sue attinenze col diritto di proprietà. E quando l'apprezzamento del primo giudice si consideri sempre *come relativo* e non mai *come assoluto*, ancorchè i modi di vedere siano diversi in ciò che costituisce la essenza stessa del titolo, non vi è implicanza nè contraddizione, ognuno dei giudici avendo usato della sua indipendenza nel valutare i mezzi proposti alle loro non meno indipendenti decisioni.

e) Di una particolare ipotesi nella quale il titolo riguardando piuttosto il SOGGETTO *che l'*OGGETTO *di diritto è moralmente e intenzionalmente valutabile.*

Ecco la ipotesi. L'attore in possessorio non può vantare realmente un possesso suo personale, ma viene a difendere dall'altrui molestia quello che ebbe il suo autore al quale succede, e produce il suo titolo di acquisto convenzionale o ereditario (articolo 693 del Codice civile). Il titolo successorio è fieramente contraddetto dal convenuto, attaccato di nullità formale, di dolo, frode, ecc.

Il Chauveau, così mirabilmente semplice nelle sue soluzioni, non avrebbe, a mio avviso, sciolta perfettamente la questione (all'art. 23 del Codice di procedura francese, qu. 101 bis in Carré); meglio io penso il Belime e meglio ancora sulle sue tracce l'illustre Scialoja (*Commentario*, vol. I, part. II, p. 717).

Il titolo di successione rimane estrinseco alla cognizione del possesso e dei suoi requisiti: noi supponiamo che quel possesso sia d'al-

trando ben fondato. L'atto, l'istrumento che stabilisca il passaggio fra il possessore ed il suo successore non riguarda adunque chi può esercitare quel diritto. In questo caso il giudice non è necessitato a rilevare tutto ciò che vi ha di vero nelle opposizioni del convenuto. Il titolo apparente dell'attore può sostenerne l'assunto senza uopo di approfondirne l'esame. Il commendatore Scialoja ha detto come ciò possa avvenire, e lo ha detto con invidiabile felicità d'espressione, esprimere la idea era per avventura più difficile che concepirla. « Quel ricongiungimento è, per così dire, l'ef« fetto di un acquisto fatto *animo* solo del « possesso antecedente di un altro, per virtù « di un titolo in buona fede creduto sufficiente, « ed anche talvolta seguito da un possesso « *animo et corpore* come conseguenza di esso. « In questi casi potendosi l'esame, direi quasi, « *morale e intenzionale del titolo impugnato*, « esame unicamente relativo al possesso, stac« care dall'esame legale e diretto delle nullità « per ciò che concerne il merito, nessuno può « vietare che il giudice si faccia » (*Commentario*, vol. I, part. II, pag. 717). Trattandosi pertanto *di continuazione di possesso*, e di vedere soltanto se il possesso che si allega sia già un fatto verificato e l'azione possessoria legittima e fondata, la qualità di successore viene considerata piuttosto in rapporto subbiettivo che obbiettivo, la prova viene riguardata piuttosto *secondo l'animo e la buona fede dell'allegante* che nell'aspetto rigoroso della legalità. Ma ciò dipende dai fatti e dalle circostanze, e serve a mostrare che una generale teorica non può farsi.

f) Del possesso annale dipendente da titoli opposti e controversi.

Due compratori dello stesso immobile vengono ad urtarsi coi loro contraddittorî titoli di acquisto avanti il giudice del possessorio reclamando ciascuno il possesso dell'autore che esso ritiene di continuare in forza del proprio titolo di acquisto, che naturalmente preferisce a quello del suo avversario.

Il pretore giudice del possesso deve esaminare codesti titoli, apprezzarli, o rinviare la questione, ardua per avventura e difficile, al tribunale o, quando la questione sia di sua competenza per la somma, dovrà astenersi dal giudizio del possesso, e rimettere le parti a provvedersi col metodo ordinario?

Qui bisogna porre attenzione. *Se l'elemento del possesso materiale e giuridico* milita a favore dell'una o dell'altra delle parti congiunto al titolo d'acquisto, o amendue presentano uno stato di possesso comunque dubbioso e controverso (nel qual caso può anche ordinare un sequestro), il giudice è pienamente nei termini della sua giurisdizione esaminando col possesso anco i titoli. Che se niuno di coloro ebbe od ha possesso, e si combattono soltanto i titoli fra loro, il giudice dell'azione possessoria cessa di essere competente, e rimette le parti al petitorio.

Dopo sì lungo discorso, che spero non tornerà inutile, e di cui invero io sentivo il bisogno, trattandosi di materia delle più difficili, pericolose e frequenti, premesso che a ben chiarire ogni difficoltà troppo più si dovrebbe dire, fo punto, e riassumendo quella parte, che è la più grave, conchiudo

Che i giudizi possessorio e petitorio si distinguono radicalmente pel loro oggetto, ma che nel primo possono anche presentarsi mezzi di diritto, documenti, titoli di proprietà; e che la loro presentazione non è incongrua all'indole di quel giudizio, anzi può ad esso convenire, talvolta eziandio porgere ad esso fondamento e ragione

Che pel principio che il giudice dell'azione è giudice della eccezione, il pretore si occupa del titolo, lo esamina, e ne giudica in tutto ciò che si riferisce alla questione del possesso, senza pronunciare *dispositivamente* di esso, ma discutendone, se occorre, nella parte razionale della sentenza, coll'unico indirizzo del possesso,

Che il giudice non si arresta in faccia alla questione di nullità del titolo quando gli giovi conoscerne il fondo per l'oggetto del suo giudizio,

Che nulla osta che la sua investigazione, per la natura delle cose, lo spinga sino sul terreno del diritto, sulla ragione della proprietà, e per conseguenza egli venga in qualche modo a dividere la cognizione che spetterà *oggettivamente* al giudice del petitorio, conciossiachè di questo egli non pronunzia, e non implicando nell'ordine delle giurisdizioni che più giudici si occupino con vario intento dell'esame di fatti giuridici, atti e documenti, che si porgono come *mezzi necessari di prova*, o anche come sostegno al *rispettivo loro giudizio*. Il giudicato consiste nella decisione, e l'una dall'altra decisione distinguesi dal proprio oggetto.

Che per altro dipende dal cauto vedere del giudice, dal suo senno e criterio, l'astenersi e rimettere la causa al giudice del petitorio ove non abbia innanzi che titoli controversi, ovvero la ragione della proprietà si presenti del tutto assorbente in quanto il giudizio del possessorio vi sia implicato in modo da non

potersi, fuori dei titoli della proprietà, comprenderne gli elementi distinti (1).

Osservazioni speciali all'articolo 443. Bisogna averne presente la formola, che è molto accurata.

Il transito dal petitorio al possessorio era permesso nelle antiche leggi (Leg. 12, de adq. vel amit. poss.). I codici moderni francese e italiano, nella loro lunga sequela uno al presente, professarono essere incongruo e non ammissibile il passaggio dal petitorio al possessorio, per la ragione (almeno quella che ci vien data dagl'interpreti) che coll'istituire il petitorio si riconosce *il possesso dell'avversario*.

Riconoscere il possesso dell'avversario è diverso dall'essere, il possesso potrebbe averlo lo stesso petitore, il quale volendo uscire da una condizione incerta, qual è quella del semplice possesso, vuol farla finita una volta per sempre e farsi aggiudicare il diritto.

Per questa ragione, che or ora vedremo produrre i suoi effetti, non è forse del tutto il fondamento della legge quello che son venuto accennando, benchè sia generalmente ritenuto, ma più presto un altro anche più solido, che cioè il petitore *rinuncia all'esercizio dell'azione possessoria* dacchè promuove il giudizio petitorio e ciò è giustissimo, perchè ne soffrirebbe la più violenta perturbazione l'ordine dei giudizi.

Questioni. La legge parla di colui che *ha istituito il giudizio petitorio*, dovrà dirsi lo stesso, *ossia dovrà applicarsi il divieto eziandio al convenuto?*

Non vi sarà distinzione tra i *fatti di possesso anteriori al giudizio petitorio e i posteriori?*

La seconda ricerca appartiene all'articolo seguente. Parleremo della prima.

Un po' di storia.

L'articolo 26 del Codice di procedura francese è conforme al 443 nostro. Per colui che istituisce il giudizio possessorio, la proibizione è chiara, ineluttabile, ma era facile proporre un problema che per certo l'articolo non scioglie — *le défendeur en pétitoire est-il recevable à agir au possessoire?* La maggior parte dei proceduristi (Dupare-Poullain, *Principes*, t. 1, pag. 696, n. 14, Lepage, qu., p. 82, Carré, quest. 120, Garnier, ecc.), decisioni di cassazione, però non tutti uniformi, ammettevano l'esercizio dell'azione possessoria a favore del convenuto pendente il giudizio petitorio non intentato da lui, onde recisamente il Chauveau « Il faut d'une manière absolue accor« der l'action possessoire *toujours au défen« deur, jamais au demandeur* ». Si temeva, ed era difficoltà di non lieve peso, che da questa combinazione venisse ad emergere la vietata cumulazione dei giudizi. Il Poncet, fra gli altri, e più completamente, dimostrò che *cette cumulation n'est pas possible*, per le ragioni che possono vedersi nel suo trattato *Des actions*, num. 92. Pare che la dottrina soffrisse una limitazione nel caso che il convenuto fosse comparso e si fosse difeso nella causa petitoria, ostando allora all'esercizio separato dell'azione di possesso il contratto giudiziale.

Queste e altretali quistioni furono dibattute negli studi preliminari e nelle discussioni che precedettero in Piemonte il Codice di procedura del 1854. Come si risolvesse quella che concerne la posizione dell'attore in petitorio, si vede aperto nel nostro articolo. Malgrado le contrarie osservazioni del magistrato di cassazione, la commissione senatoria fu di parere che « l'instituzione del giudizio petitorio, in« volgendo *implicita ricognizione del possesso « presso il convenuto*, toglie non tanto all'at« tore ma *pur anche al convenuto* la facoltà di « muovere quind'innanzi il giudizio possesso« rio avanti il giudice di mandamento ». L'articolo 119 del Codice consacrò tale opinione nella forma seguente « Nè anche il convenuto « nel petitorio è ammesso a provocare il giu« dizio possessorio, ed a chiedere che a tal « uopo siano le parti rimandate avanti il giu« dice di mandamento ». Fra tanto rigore si trovò necessario scrivere l'articolo 120 che faceva eccezione nei casi di spoglio e di reintegrazione nei quali il giudice di mandamento poteva essere invocato e provvedere.

Così fu portata alla dottrina generale una novazione poco felice. Nel Codice del 1859 la disposizione contenuta nel citato articolo 119 non ricomparve poteva ritenersi abrogata. Per altro nell'art. 132 fu sancito « che dopo « istituito il giudizio petitorio ogni richiamo « relativo al possesso dipendente da fatti, *sia « anteriori sia posteriori* alla istituzione della « causa, sarà deferito all'autorità giudiziaria « innanzi cui pende il giudizio petitorio ». Poi si ripeteva la limitazione rispetto all'istanza di reintegrazione nel caso di atten-

(1) Gli articoli del Codice civile che riguardano in genere le prerogative del possesso manutenibile sono il 685 e il 686, in ispecie, ossia per ragione di tempo, l'articolo 694, dello spoglio violento e della reintegrazione gli articoli 695, 696, 697.

in tutta la sua solitaria indipendenza l'azione di reintegrazione a favore di colui che, in qualsiasi tempo, soffre nella cosa che possiede *un attentato violento e clandestino*. In tal caso si adisce direttamente il pretore, egli è il solo giudice competente. Non parmi potersi dubitare che colle parole *attentato violento e clandestino*, non siasi fatta perfetta allusione all'articolo 694 del Codice civile, e il concetto non sia identico.

Il pretore *rimanda le parti avanti la detta autorità*, al giudice del petitorio. Tizio (attore o convenuto, poco importa), pendente il petitorio chiude e sbarra il veicolo pel quale il suo avversario transita da lungo tempo attraverso il suo campo. Il pretore ordina la demolizione della sbarra, condanna nelle spese e nei danni. Ciò è semplicemente una conseguenza della reintegrazione, e la condanna non può esser pronunciata che dallo stesso giudice che tasserà le spese nella sentenza.

Noto quella formola significativa *provvede per la pronta reintegrazione e rimette*, ecc., la quale mostra se non altro che il pretore deve restringersi al puro necessario per effettuare la reintegrazione. Nella indefinita varietà dei casi può concepirsi che dopo la reintegrazione di fatto, immediata, istantanea, restino conseguenze da determinarsi, altre risoluzioni da prendersi per impartire perfetta giustizia fra le parti. Reco ad esempio, che l'*attentato* siasi verificato sopra l'uso di acque irrigatorie per materiali impedimenti opposti al loro corso: il pretore fa togliere addirittura l'ostacolo e restituisce lo stato delle cose; ma intanto dall'anormale o forzata direzione delle acque è nato un disordine: le acque istesse si sono aperte un nuovo sbocco, e bisogna ordinare dei rimedi. Questo eccede la competenza del pretore, egli *rimanda le parti al giudice del petitorio* affinchè provveda come di ragione.

Nell'articolo 132 dell'ultimo Codice si leggevano queste parole: *e per ogni ulteriore provvedimento* rimanda, ecc. Esse furono tolte nella nuova redazione. Forse perchè ivi stavano inopportune e senza senso pratico? No, furono tolte, io mi avviso, per dare più estensione al disposto, perchè non *a quel solo effetto*, ma ad altri effetti eziandio il pretore potesse rinviare le parti. Uno e massimo egli è questo, che il pretore non trovi abbastanza chiari i requisiti dello spoglio, si persuada trattarsi di semplice turbativa, e senta di non avere competenza per giudicare la questione nei termini con cui è proposta, e nelle condizioni di fatto con cui si presenta.

Articolo 445.

Il giudizio possessorio, finchè non sia pronunziata la sentenza e questa non sia eseguita interamente, impedisce al convenuto di promuovere il giudizio petitorio.

Quando l'esecuzione non possa compiersi per fatto dell'attore che sia in mora a far liquidare l'importare delle condanne ottenute, il convenuto può fargli assegnare a quest'oggetto un termine, scaduto il quale egli potrà proporre la sua domanda.

L'assegnazione del termine è chiesta all'autorità giudiziaria davanti cui deve promuoversi il giudizio petitorio.

L'attore in giudizio possessorio, finchè questo è pendente, non può promuovere il giudizio petitorio, salvo che rinunzi agli atti, e paghi o depositi le spese.

Annotazioni.

1. Il possessorio e il petitorio non solamente non possono cumularsi avanti lo stesso giudice, ma neppure trattarsi contemporaneamente avanti giudici diversi. Ciò è stabilito formalmente nel presente articolo.

Si è detto che il principale scopo di questa famosa divisione era di determinare le posizioni di attore e di convenuto nel giudizio petitorio, e quindi a carico di qual parte dovesse incombere la prova. Se questa non è la causa della disposizione, senza dubbio è uno dei più importanti suoi effetti. Si è acutamente osservato, che non sempre questo effetto si aveva in tutta la sua pienezza, imperocchè chi ha perduto in possessorio, potrebbe nonostante, facendosi attore nel petitorio, far cadere sull'avversario il peso della prova; ad esempio se fosse nel suo sistema *sostenere la libertà del fondo*, essendo presunzione che ogni fondo è libero, la prova del vincolo spetterebbe sempre all'oppugnante (Scialoia, *Commentario*, vol. I, part. II, pag. 741 e seg.). Non posso fer-

marmi in una questione che eccede di troppo il mio Istituto, solo toccherò di passaggio che *il fatto del possesso*, che suppone l'esercizio del diritto di servitù sul fondo e la esistenza, almeno di fatto, del vincolo, potrebbe per avventura porre l'attore in condizione di doverlo escludere. Ma si passi di ciò, diremo intanto, in via di massima generale, che, quantunque *la decisione possessoria non influisca sulla determinazione di diritto, essa attribuisce la presunzione della proprietà*, di quella proprietà che nel petitorio deve aggiudicarsi a termini di diritto, al cui giudizio non sarà sempre estranea la relazione dei fatti precedenti.

2. Questo articolo, non nuovo però nei codici italiani, provvede a un bisogno, lungamente sentito dall'anteriore giurisprudenza, intende a tagliar via più che si possa speditamente e tronco e rami del possessorio, e ogni altro ingombro che ne deriva, sicchè non ne rimanga vestigio all'ingresso del petitorio, e può ben dirsi il bando più solenne della separazione dei due giudizi.

3. Se vi è appello della sentenza possessoria dura il divieto sino al termine di esso (Carré in Chauveau, quest. 129 bis).

4. L'attore in possessorio è pur egli subordinato a questa legge. L'ordinanza del 1667 così voleva; il Codice di procedura francese non ne parlò, e fece nascere disputazioni senza scopo.

5. *Del sequestro giudiziario in quanto sia ordinato dal giudice del petitorio.*

L'articolo 1875 del Codice civile, supplementario agli ordinamenti di procedura, dichiara che l'autorità giudiziaria può decretare il sequestro « di un immobile o di una cosa « mobile la cui proprietà o il cui possesso sia « controverso fra più persone ».

Vi è molta latitudine in questa legge, niuna autorità giudiziaria è indicata specialmente, niuna prescrizione o limite è posto al suo operare. È certo che il giudice del possessorio può in certi casi di fatto senza dubbio ordinare il sequestro. È una facoltà che nel petitorio si usa anche con maggiore frequenza e opportunità. Già innanzi alla forza del diritto il possesso vacilla se il diritto è di subito provato, se io produco un titolo luminoso di acquisto, in presenza del quale il possesso del mio avversario è una usurpazione patente, segnatamente se si aggiunga il mal uso ch'esso fa del fondo, la mala coltura, ecc., il giudice nomina un amministratore giudiziale che raccolga i frutti e amministri per chi di diritto: è il sequestro. Con ciò, a rigor di termini, non si revoca la sentenza del possesso, ma se ne modificano gli effetti *secondo la natura stessa di tali sentenze che vengono più o meno, e come di ragione, influite dal giudizio del diritto.*

6. *Della influenza della sentenza possessoria sul petitorio.*

La sentenza riportata in giudizio meramente possessorio, se non concerne che reintegrazione di spoglio, non offre a favore del reintegrato la menoma presunzione di diritto. Non così quella di manutenzione o conservazione del possesso, che ha avuto la sua base in considerevoli elementi giuridici. Con tutto questo non è *propriamente un giudicato* che in qualche modo faccia forza e ponga ostacolo alle risoluzioni di diritto, pel giudice del petitorio è un fatto piuttostochè un giudicato, un fatto bensì autorevole, ma nulla più, e valga questo, che se il convenuto provasse un lungo e tranquillo possesso quantunque non segnalato da verun successo giudiziale, e tanto incontrastato che non ebbe neppur bisogno di sentenza di manutenzione, presenterebbe nient'altro che una presunzione a sè favorevole di proprietà. Quale importanza una tale presunzione sia per avere nel giudizio di diritto, non è ricerca di cui siano capaci le brevi pagine di questo commento: lo abbiamo detto ancora, certo è però ne avrebbe grandissima una posizione bene assicurata di possesso in una questione di prescrizione.

Il possesso è una condizione giuridica ragguardevole per la utilità che produce: nella questione della proprietà ora si dissipa innanzi alla luce sfavillante del diritto, ora si congiunge allo stesso diritto come uno de' suoi elementi, come qualche cosa che occorre alla sua completa dimostrazione.

Abbandonato dal diritto, il possesso non gioverebbe a nulla, neppure a preservare colui che apparve possessore legittimo *dalla restituzione dei frutti*. Le risultanze del processo di diritto potranno rendere manifesta la continua *malafede dell'antico possessore*, esclusa però quelle reintegrazioni che gli furono aggiudicate direttamente ed esclusivamente per le arrecate molestie e perturbazioni dalle quali ha dovuto difendersi.

(Dalla seconda edizione).

Nuovo contributo sulle azioni possessorie.

(art. 82, num. 2, 443, 444, 445).

1.

Della influenza del titolo nelle questioni possessorie. E specialmente in relazione all'uso

e possesso delle acque pubbliche e private, e alle servitù discontinue.

Chi soccorre con qualche nuovo sviluppo alla naturale difficoltà di codesti giudizi, fa sempre opera utile. Tutti gli scrittori *del Diritto del possesso* hanno sentito che conviene scavare molto a fondo per far emergere una teoria più o meno completa ma quando vi si aggiungono le sottili esigenze della giurisdizione che affida ad un magistrato alcune prerogative del possesso vietandogli severamente di oltrepassare la linea che gli prefigge, ciò che vi ha di più arduo nella sostanza sembra cedere a più instante difficoltà alla difficoltà di separare le idee e di stabilire quello che deve accettarsi come oggetto proprio di un giudizio di manutenzione e quello che ne supera la portata e ci trattiene dal giudicare. In questo aspetto del titolo il nostro commento non è stato muto; ed ora non offriamo che uno svolgimento che servirà a conferma degli stessi principii.

Spesso ricorre la questione del *Titolo*. A primo tratto ci pare di vedere in questa parola talmente scolpita la idea della proprietà che crediamo di essere trasportati per questo solo in un giudizio petitorio dall'altro lato, essendo mestieri di determinare uno stato giuridico nello stesso possesso, come mai il *titolo* non darebbe appoggio e sostegno, come mai il *titolo* non dovrebbe conferire alla *legittimità* del possesso la quale, secondo gli articoli 686 e 694 del Codice civile, è il primario requisito di un possesso manutenibile?

Una distinzione intanto può farsi fra titolo del possesso e titolo della proprietà. Il carattere del primo è naturalmente più omogeneo e correlativo al giudizio del possesso. Esso pertanto *non è il possesso*, che è sempre un *quid facti* ma ne dà la ragione, talvolta vi somministra l'azione Io posseggo con titolo di conduttore o di usufruttuario io provo il mio possesso di fatto insieme alla causa del mio stesso possesso, il giudice è meno sospettato di avere trascorso alla cognizione del petitorio quando si è occupato di questa maniera di titolo Quello della proprietà, insinuato in un giudizio di manutenzione è, direi così più pericoloso

In generale e sotto un aspetto negativo può osservarsi, che la produzione del titolo fatta dall'attore in giudizio di manutenzione non ne offende il carattere e la delicata suscettibilità, ma non è domandato, e aggiungerei, se mi fosse lecito usare la parola, non è naturale. Imperocchè egli è bensì vero che la legge richiede a fondamento della manutenzione la legittimità del possesso ma si affretta anche a spiegare i requisiti che la costituiscono, e sono, l'esser continuo, pacifico, non equivoco, e con fede di tenerlo per sè articolo 686 del Codice civile Il titolo entrerebbe come sussidiario a rassodare taluno di codesti estremi: ma, generalmente parlando non è necessario.

Non passa quasi mai senza opposizione del convenuto l'esame che all'uopo vanno facendo i pretori dei titoli prodotti e la giurisprudenza non si stanca di rispondere che non sono da censurare le loro sentenze quando l'esame non abbia avuto se non uno di quei fini che sono contenuti nell'indole di un'azione possessoria. Osservare insomma il titolo, prenderne lume, imparare da esso ciò che può servire allo stato del possesso, ma ricevere quelle cognizioni, per dir così passivamente, come ci apprende una storia degna di fede, sulla quale non eleviamo critiche nè facciamo giudizi.

Questo modo di accogliere, questo subire, vorrei soggiungere, l'autorità del titolo senza discuterne, preserva il giudice dall'accusa di avere ecceduta la propria competenza, uscendo dal campo della questione possessoria, per salire all'esame della causa giuridica.

Il possesso presentandosi come ricerca di fatto è un'azione storica, il titolo può essere un elemento storico per eccellenza, laddove non sia impugnato o controverso. In questi casi verrà a riempiere una lacuna, a cui le testimonianze sarebbero insufficienti' A ha bisogno di aggiungere al proprio il possesso del suo autore, e deve provare ch'egli succede a B, ha un documento di compra o di donazione, pubblico, solenne e non impugnato, il giudice vi trova un nesso personale che giustifica l'azione intentata provando il possesso *oltre l'anno*, insomma, non si è mai fatta legge al giudice del possesso di rifiutare l'esame dei documenti scritti e di non valersi che di prove orali

Ma le difficoltà gravi si mostrano quando la materia stessa del possesso è contestabile; e quando per ridurre il tema alle proporzioni di una questione privata, è mestieri esaminare dei titoli e renderne un vero giudizio.

Intendo parlare principalmente delle azioni possessorie *sull'uso delle acque*

L'art. 6, num 3 del Codice sardo del 1859, aveva espresso molto chiaramente la competenza del giudice di mandamento in fatto di *novità sopra le acque, i canali, le derivazioni, le fosse, eseguite entro l'anno*. quella parafrasi non è andata a' versi della nostra redazione;

si è usato un linguaggio più comprensivo: tutto si è detto coll'epigrafe — *le azioni possessorie*.

È nota la distinzione fra *acque pubbliche* ed *acque private*, statuita secondo la natura e destinazione. Non appartiene al nostro istituto, molto meno può svilupparsi in una nota la ragione e la differenza che le discerne (1). Diremo solo, che osservati questi beni nella qualità di *demaniali*, non essendo suscettivi di possesso privato, sfuggirebbero all'esercizio possessorio. L'interesse della nostra dimostrazione comincia dal punto in cui si considera che anche i privati possono fruire delle acque pubbliche per concessione del governo (Legge 20 marzo 1865 sui lavori pubblici. Regolamento del 8 settembre 1867).

« Nessuno può derivare acque pubbliche nè « stabilire su queste molini ed altri opifici se « *non ne abbia un legittimo titolo, o non ne* « *ottenga un legittimo titolo dal governo* » (articolo 132 della detta legge). La esclusione del dominio o dell'uso privato è dunque la regola: ma le acque pubbliche si possono possedere all'ombra di un titolo abile.

Si presenta pertanto una prima questione: se chi si trova in possesso di acque che hanno carattere estrinseco di acque pubbliche (di fiumi, torrenti, o da essi derivate), e turbato da altri privati, chiegga a favor proprio la manutenzione e la rimozione degli ostacoli debba innanzi tutto stabilire la *concessione*, ossia il *titolo legittimo* del suo possesso.

Senza dubbio è questa una *condizione di legittimità* da aggiungersi alle altre prescritte dall'articolo 686 del Codice civile. Praticamente può seguirsi il solito razionale sistema dei tribunali, di presumere a favore dell'attore le qualità che non sono messe in contrasto e oppugnate. Il possesso si presumerà *pacifico, non equivoco*, ecc. finchè il convenuto non fornisca argomenti del contrario. Può camminarsi colla stessa distinzione in materia di derivazioni d'acqua pubblica? In massima non ammetterei che le eccezioni potessero sollevarsi d'ufficio. Havvi nondimeno una differenza fra codeste condizioni di legittimità. Nella previsioni dell'articolo 686 si tratta di fatti inerenti al possesso, i quali, se non allegati dal convenuto non si presumono, nè il giudice di proprio moto avrebbe podestà di aprire una indagine sopra dati che a lui non fossero somministrati: uno dei quali potrebb'essere che il possesso non è annale se questo fatto risultasse escluso, a modo d'esempio, dallo stesso atto di citazione dell'attore. Quando l'attore si trova in una condizione normale ed apparente di possesso, la presunzione di legittimità è di diritto, io diceva, sino alla opposizione, e la opposizione stessa dovrebbe circondarsi di qualche argomento di prova. All'incontro chi reclama il possesso dell'acqua del fiume o dei suoi emissari, si trova in una posizione apparentemente illegale: il convenuto non avrà che ad opporla, e l'attore, se vuol tenere il campo, dovrà provare la concessione della pubblica amministrazione, e con ciò il titolo del suo possesso. In un giudizio contumaciale, dovendo il magistrato pronunciare secondo ragione, se la materia del possesso è lecita in se stessa, spettando alla categoria dei beni privati, lo stato apparentemente legittimo deve bastare; ma se è vietata, ed è necessaria una speciale autorizzazione, il giudice, io credo, potrebbe, secondo le circostanze, imporne all'attore la prova, mentre supponendo la contumacia del convenuto non si avrebbe la tacita di lui adesione. Dico *secondo le circostanze* perchè gli atti potrebbero presentare argomenti a convincere dell'ottenuta autorizzazione.

È dunque facoltà del giudice ordinare la produzione del titolo, onde si viene a considerare se in codesta ragione di possessi, pei quali il titolo è condizione di legittimità, il giudice ecceda la sua giurisdizione coll'occuparsene non in modo puramente storico, come io diceva più sopra, ma proprio per riconoscerne la legalità e la efficacia giuridica.

Richiamando ancora una volta un principio fecondo di conseguenze — *cui jurisdictio data est ea quoque concessa esse videntur sine quibus jurisdictio explicari non potest* — (L. , de jurisdict.), non si può esitare nel dire, che il giudice che non può conoscere della legittimità del possesso senza esaminare il titolo e riconoscerne la legalità e la sussistenza, deve farlo, altrimenti si spoglierebbe della giurisdizione, e il giudizio di manutenzione in materia di acque pubbliche sarebbe le più volte impossibile. Nè però egli entra nel campo del petitorio, imperocchè il titolo del quale parliamo è costitutivo del possesso in quanto legittimo, e non implica la proprietà rispetto alle acque pubbliche e demaniali. O non è concepibile nel privato, ovvero se il titolo

(1) Vedi il *Commentario del Codice sardo* dei signori Pescatore e Sclopis, part. I e II del vol. I, e la elegante e dotta opera del sig. Dionisotti, *Delle servitù delle acque secondo il Codice italiano*.

ria di proprietà assoluta (articolo 133 della legge suddetta), il giudice l'osserva soltanto nel punto di vista del possesso, e come causa legittima di esso.

Qui si potrebbe andar più oltre esaminando come la ingerenza della pubblica amministrazione, che ha diritto alla sorveglianza dell'uso delle acque per quanto concerne il pubblico interesse, intromettendosi nella questione possessoria, influisca sulla giurisdizione, alterandone i termini organici. Ma noi ci restringiamo al tema proposto, al quale non è estraneo il ricordare, che la mancanza o il difetto del titolo (prescindendo da altre controversie che possono interessare la competenza generale) può imporre all'autorità giudiziaria di astenersi fintanto che l'attore non abbia riportate dall'autorità amministrativa le necessarie autorizzazioni. Ho detto, e giova ripeterlo, che in materia di acque pubbliche, il titolo può essere *condizione di legittimità del possesso*, mentre la sua mancanza tiene sospeso l'animo del giudice che rimane incerto fra un godimento che meriti la protezione del diritto ed una usurpazione punibile.

È ampiamente discorso nella dottrina se sia manutenibile il possesso che non può condurre alla prescrizione. Appena mi è dato toccare di passaggio sì vasto argomento, e me ne rimetto alla dotta esposizione che se ne fece nel *Commentario al codice sardo* (vol. I, part. II, pag. 630). Io mi limito a vedere se il giudice della manutenzione debba preoccuparsi della imprescrittibilità della cosa del cui possesso si disputa.

« La imprescrittibilità, osserva Belime, non « riguarda i caratteri del possesso, ma *la qua-* « *lità della cosa*. Ora non si è mai detto che « gli ostacoli che impediscono la prescrizione « dovessero necessariamente render impossi- « bile l'azione possessoria ».

La indagine della imprescrittibilità non si presenterà mai al giudice della manutenzione mentr'egli non applica che alcune limitate prerogative del possesso e non si estende sino alle ultime conseguenze per le quali si confonde colla proprietà. Si possiede o un giuridicamento anche beni demaniali o inalienabili dallo Stato, si usufruiscono, si godono con o senza corrispettivo; il giudice della manutenzione non contempla che il diritto dell'uso. Le mura delle città, per esempio, fanno parte del demanio pubblico, ma possono darsi in affitto per le raccolte dell'erbe che producono, e siamo ben d'accordo che le mura della città sono cose imprescrittibili. Il concetto della proprietà è tanto lontano dall'esame del possesso in molti casi, quanto lo è in qualunque ordinaria questione di manutenzione.

Il fatto solo di un possesso annale, di un possesso pacifico, non equivoco, di un possesso insomma alla luce del sole, equivale alla più completa dimostrazione della suscettibilità che hanno certi beni demaniali di esser posseduti dai privati. Non troverete che uno possa starsene tranquillo possessore di una piazza, di una strada pubblica per oltre un anno; ed è chiaro che qui non parliamo di usurpazione ma di un possesso nelle condizioni ordinarie e manutenibili.

Lascio stare che nello spirito liberale a cui s'informano le leggi odierne, sono divenuti prescrittibili i beni che mai non lo furono, quali i beni patrimoniali dello Stato (art. 2114 del Codice civile). Ma io voglio porre sol questo: che un possesso il quale per virtù di tempo non potrebbe diventare titolo di proprietà coi requisiti dell'articolo 686, reclama, come ogni altro, la protezione della legge, chè ella è questa una indagine estranea, superiore alla cognizione pretoriale, aliena dall'istituto possessorio, e come tale da restringersi se proposta fosse per via di eccezione.

Volgiamo per ultimo lo sguardo a una terza serie di possessi, che non essendo estimabili che in ragione del titolo e per causa della proprietà, non partorisce l'azione possessoria conservativa e momentanea, oggetto di queste leggi.

Parliamo delle servitù. Non dubbio che rispetto alle servitù *continue ed apparenti*, non si riscontri una qualità di possesso manutenibile. La cosa si vede ancor meglio prescindendo dal rapporto ideale che si esprime colla voce *servitù*. Un canale che trasporta le mie acque sul fondo altrui è realmente una dimostrazione esteriore del diritto che io ho di valermi del vostro fondo pei miei bisogni, un simbolo di superiorità economica; ma questa è la forma ideale. In realtà, rispetto all'uso, io posseggo l'acqua che scorre insieme al manufatto che la contiene, la posseggo e ne godo come di ogni altro ben materiale; ed essendo ostensibile e pubblico il possesso, può essere rivestito di tutte le qualità che lo rendono manutenibile.

« Le servitù continue non apparenti e le « servitù discontinue, siano o non siano ap- « parenti, non possono stabilirsi che mediante « un titolo » (art. 631 del Codice civile).

Ordinando lo stesso sistema per le *servitù continue non apparenti*, e per le *servitù discontinue*, il legislatore muove da principii diversi. Il possesso è uno stato giuridico che

s'impone in quanto è estrinseco e visibile. Vi è dunque una nozione duplice nel possesso manutenibile, soggettiva ed oggettiva. Soggettiva poichè si deve possedere con coscienza. Oggettiva perchè il popolo deve aver cagione per rispettare quel possesso, e considerarlo segno di proprietà. Non si può negare che una servitù continua, *benchè non apparente*, sia materia di possesso effettivo ma non persuade perchè manca di esteriorità, perchè non si vede, perchè non si sa se esista.

Un diritto di *servitù discontinua* si possiede come ogni altro diritto reale. Ma quando si tratta di difenderlo questo possesso, allora entra la questione del modo. Presso quelle legislazioni per le quali le servitù discontinue sono prescrittibili, non si è mai dubitato della manutenibilità di tale possesso (Menochius *De retinenda possessione*). Ragionando dall'indole della legislazione allora vigente, potevano costruirsi gli elementi di un possesso manutenibile, ma quando si è creato il titolo come condizione d'esistenza giuridica delle servitù discontinue, la ragione del possesso, al dire di non pochi scrittori, si è compenetrata col titolo stesso, e rimane questione mera di diritto. Secondo lo spirito di questa legislazione si crede che gli atti isolati, eccezionali, ed a riprese, che qualificano l'esercizio delle servitù discontinue, non corredati della loro causa che può ad ogni momento giustificarli, siano atti d'arbitrio, ottenuti forse anco dalla tolleranza del proprietario, ma inabili per se stessi ad imprimere sulla proprietà il marchio della servitù, per quanto replicati e continuati essi siano. È una maggiore e più elevata guarentigia della proprietà, una barriera contro gli abusi, implica l'abolizione di molte controversie.

La conseguenza che discende da tali principî si è, che in questa materia il possesso non ha alcuna virtù scompagnato dal titolo. Ma qualora sia accompagnato dal titolo, non diventerà manutenibile? Ecco dove batte la ricerca.

Figuriamo, a maggior evidenza, la più comune delle servitù discontinue non apparenti, quella del passaggio sul fondo del vicino. La giurisprudenza, e segnatamente quella che si aggira intorno al diritto romano, continua di decisioni Rotali, che ognuno può trovare scorrendo gl'indici, offrono esempi di azioni conservatorie del possesso e quasi possesso, come dicevasi delle *servitus itineris*, di passaggio e simili. Ciò che veramente interessa è il sapere se per essere la servitù discontinua, manchi la materia di un possesso giuridico, nel qual caso mancherebbe anche la materia del disputare, non potendosi concepire qualità senza soggetto. Ma è ritenuto dai migliori scrittori, anche di presente, e sotto l'impero di leggi più caute e diffidenti, che la discontinuità non distrugge la idea metafisica del possesso, dipendendo dalla più o meno dimostrata abitualità del passaggio che potrebb'esser anche di tutti i giorni e per tempo lunghissimo. Dicono invece, e con ragione, che tutto questo, nello spirito delle legislazioni odierne, non giova perchè si reputa adesione, tolleranza, pazienza, tutto quello che si vuole, del proprietario, ma non diritto nè causa di diritto. E tal sia. Ma dal momento che il titolo esiste e si produce, io ritengo (e non sono il solo) che si possa sostenere in via di manutenzione avanti all'autorità pretoriale questo possesso titolato, ed esercitarsi nel senso rigoroso della parola un'azione possessoria.

E quanto alla cognizione del titolo che necessariamente si presenta al giudice minore, io non ho che a ripetere ciò che dissi a principio, parlando del possesso e dell'uso delle acque pubbliche che abbisognano di concessione governativa. Il giudice ne conosce al solo scopo di trovare in esso un requisito necessario al possesso, e stabilirne il carattere giuridico. E qualvolta sia requisito necessario a legittimare il possesso, il giudice è nell'obbligo di tenerne conto, ne segue che se questo titolo fosse seriamente controverso, sentendo che la eccezione supera la propria competenza, dovrebbe rimettere la causa al petitorio (1).

I principii così rapidamente tracciati hanno eco nella giurisprudenza. La facoltà di esaminare il titolo nelle azioni possessorie, in relazione all'oggetto del giudizio, è ritenuta da più decisioni, e basterà ricordarne due, una della corte di cassazione sedente in Milano del 14 luglio 1865 (Bettini-Giuriati, 1865, p. I, pag. 579); altra della stessa corte sedente in Torino del 20 maggio 1868 (collezione suddetta, p. I, pag. 540) (2), solo mi resta ad ag-

(1) In conformità, sentenza della cassazione di Torino (Interessi comune di Palazzolo), 8 febbraio 1870. Relatore Pescatore (annullato senza rinvio).

(2) Noto poi specialmente e con particolare soddisfazione una sentenza dell'egregio pretore del secondo mandamento di Lodi dell'8 febbraio 1868 (*Monitore dei Tribunali*, 1868, pag. 462), sentenza che rivela in quel giudice la più ferma cognizione dei principii. Esso ritenne l'esercizio dell'azione possessoria nelle servitù discontinue, coll'appoggio del titolo.

giungere che quanto si è detto rapporto al titolo non si applica alle servitù legali, comunque discontinue, che sono fondate nella naturale situazione dei luoghi e nella necessità delle cose anzichè nelle convenzioni. Decisione del 15 febbraio 1868 della cassazione di Napoli, collezione suddetta, tit. 177) (1).

II.

Dei requisiti della reintegrazione e sulla procedura relativa.

Dirò poche cose sopra una materia sempre grave ma abbastanza nota, lasciandone l'incarico agl'interpreti della legge sostanziale ai quali spetta, e per due soli motivi: 1° per completare in certo modo coll'esame differenziale le idee toccate fin qui, 2° per farmi strada a qualche osservazione sulla procedura.

« Mediante la manutenzione si vuol guarentire un possesso cui è connessa la presunzione della proprietà, mediante la reintegra si vuol annullare l'effetto momentaneo di un azione riprovevole per se medesima, e che suppone il possesso come fatto ch'è stato l'oggetto immediato della violenza » (Grialoss, *Comment.*, vol. I, p. II, pag. 611).

Questo teorema è inappuntabile in ordine ai principii. Bisogna però fare avvertenza che lo scopo del rimedio possessorio è sempre la difesa del possesso. Non occupandoci degl'interdetti, dei quali non si può discorrere di passaggio e senza un esame profondo dell'indole e carattere che li distinguevano secondo idee assai modificate nelle legislazioni moderne, ci basti che l'articolo 695 del Codice civile dice chiaramente « chi è stato violentemente od occultamente spogliato *del* « *possesso*, ecc. », se non che aggiunge *qualunque esso sia*. Si tratta di *reintegrazione* in possesso (detti articoli 695 e 697), ma in qualunque possesso anco non *legittimo* e privo di ogni carattere giuridico. Nel punto di vista materiale il possesso non è che la *detenzione* (articolo 685), il *godimento* è qualche cosa di più metafisico che appartiene ai diritti civi. Il *godimento di un diritto* non fa parte dell'istituto della manutenzione se non sotto la forma *di un diritto reale* (articolo 694). La reintegrazione ha una obbiettiva più estesa, comprende anche il mobile singolare che non dà presa, se mi è permessa la frase, ad un giudizio di manutenzione, ma è materia come di rivendicazione così di reintegrazione. Dal quale rimedio non si eccettua neppure *il godimento di un diritto*. L'oggetto della manutenzione come della reintegrazione è sempre una cosa di fatto, la servitù, per es., di mandare le acque attraverso il fondo altrui *è diritto reale* secondo la sua relazione giuridica, ma è il possesso e l'uso dell'acqua che mi viene disturbato o tolto, *è uno stato di fatto* che viene alterato o distrutto.

Spoglio, è il vocabolo riservato agli atti di violenza e di insidia e che noi prendiamo dal diritto canonico (*spoliatio*), uno di quei vocaboli che restano perennemente a rappresentare un idea e che non hanno sinonimi. La *molestia* che eccita la manutenzione non arriva mai alla intensità dello *spoglio* e con questo carattere più mite si distingue. Il molestante afferma un diritto, aspira alla proprietà o a un possesso prevalente, ma questo atto, che chiamiamo *turbativa*, non manca però di valore giuridico, tanto è vero che lo stesso possessore ha bisogno di presentarsi armato di prerogative giuridiche e deve poter opporre un possesso *legittimo*. S'egli non può opporlo, l'avversario è già, o può essere, nelle vie regolari di un giudizio, cessa l'appellativo di *molestia* nel suo senso riprovato si solleva una questione di proprietà di cui l'atto del pretendente non è che la iniziativa.

Ma tosto che si verifichi la via di fatto e l'insidia o clandestinità, vi è il delitto, incapace di produrre il più lieve e transitorio effetto giuridico. Tutto l'ordine sociale si scuote a simili attentati come appunto avviene nei delitti, la prima cosa è di ricacciare lo spogliatore come un colpevole: *ante omnia spoliatus restituendus est*: non si guarda per qual ragione e perchè possegga, e per vendicare un alto principio di moralità, si difende nel suo ingiusto possesso anche il ladro, perchè il ladro deve render i suoi conti alla giustizia e non alla forza privata, semprechè non sia sor-

(1) In una decisione di questa corte di cassazione (Firenze, ottobre 1872) in causa tra il collegio del Gesù e il municipio di Ferentino, a mia relazione, si è giudicato non verificarsi il requisito di perdita in un possesso che venne opposto [illegible], senza decreto o permesso di giudice e di fronte alle più energiche proteste di quelli che si trovavano in possesso, non essendo ancora trascorso il termine annale. Questo medesimo stato di opposizione ostava alla costituzione di un precario che stava negli argomenti difensivi del municipio. Questi brevi cenni farebbero già sentire il bisogno di sviluppare il concetto dell'*interdetto precario* in relazione al sistema moderno, la mi riservo di svolgere di proposito questo ampio tema nel commentario del Codice civile.

preso nell'atto stesso del furto o in tanta prossimità al furto che non si possa ritenere aver acquistato un possesso qualunque.

Io trascorro volando sopra subbietti meritevoli di analisi e di non poche distinzioni, e passo senz'altro a quanto riguarda la procedura.

Non si può parlare di questo soggetto senza dirigere un omaggio di riconoscenza ai legislatori del Piemonte, ai quali tanto dobbiamo. È nota la deplorabile confusione portata in Francia dalle imperfette disposizioni del Codice civile e di quello di procedura. Mentre l'art. 2060 sembra armarsi della più grande severità contro lo spogliatore, sino a condannarlo all'arresto personale, il Codice di procedura non dedica una sola parola al fatto della perdita del possesso per via di spoglio; e in quell'unico articolo 23, toccando in genere *delle azioni possessorie*, non considera che i casi ordinari e meno gravi, e sembra richiedere in ogni caso per parte del molestato o spogliato la prova perfetta di un possesso giuridico. Legge che al Troplong parve tanto generale e comprensiva che non dubitò di asserire nel corso di molte pagine brillanti (*Trattato delle prescrizioni*, n. 3[illegible] e seguenti) che differenza alcuna non vi ha fra molestia e spoglio, e che il rimedio *reintegrandæ* è un'anticaglia che ha finito il suo tempo. In tutt'altra veduta le regie costituzioni del Piemonte § 22, tit. XXIII, lib. III stanziarono che « Dandosi il caso che qualcheduno fosse violentemente od occultamente spogliato del suo possesso o quasi, e che sia in qualche modo notorio il fatto, dovrà esser reintegrato nel suo primiero stato senza processo o lite e senza dilazione da quel tribunale a cui apparterrà la cognizione della causa ». Disposizione che quasi colle stesse parole fu trasportata nell'art. 447 del Codice albertino.

Sotto l'eccitamento di una idea morale che spinge il legislatore a reprimere un atto altamente riprovevole, è facile il trascendere, e realmente si trascese dal lato della garanzia giudiziaria. Benchè pochi anni relativamente ci separino da quell'epoca, il diritto giudiziario, più avanzato, non ci lascia comprendere la possibilità di un giudizio, di molta gravità come questo, senza difesa. Sfortunatamente il Codice di procedura (del 1854) non recava alcun utile sotto tale rapporto » (1). Dominava la legge del Codice che regola questa parte del diritto, e in nessun luogo, checchè siasi detto da recenti e ingegnosi scrittori, si parlò di difesa. La necessità della citazione è finalmente stabilita nell'articolo 696 del Codice civile italiano.

A me quelle parole, *premessa la citazione dell'altra parte*, non consentono il dubbio. Ma non basterà spedire la citazione in un punto qualunque del processo, che intanto va ad istituirsi in via di semplice ricorso? Può darsi che resti qualche apertura al cavillo (2), ma non meriterebbe, lo credo, seria confutazione. Sono da riprovarsi quei giudizi di reintegrazione che muovono da un ricorso, e reputo nulla ogni risoluzione del giudice non preceduta dall'atto di citazione. È un progresso del quale siamo debitori al nuovo Codice, e sarebbe onta per noi lasciarlo disperdere ad una pratica retriva. Anche l'articolo 38 della legge di procedura resisterebbe di tutta la forza « non si può statuire sopra alcuna domanda se « non sentita o debitamente citata la parte ». Lungi che sia caso eccettuato, l'articolo 696 richiama questo stesso principio (3).

Nè può nascer dubbio sulla compatibilità di questo atto primordiale *colla maggior celerità della procedura*, essendo disposizioni contenute nello stesso articolo.

Ma quale sarà la procedura a tenersi, se la legge rituale non ce ne porge traccia, e il Codice civile, che in qualche modo ne usurpa l'ufficio, sembra quasi non volerne alcuna — ordinando si proceda *sulla semplice notorietà del fatto senz'alcuna dilazione?*

Qui veramente si cumulano più casi: il modo della prova e la forma del rito. Quanto alla prova si dice che il giudice può star contento *alla notorietà*. E avrà luogo specialmente pel caso di *violenza*. Si sa che Tizio ha osato di entrare nel fondo del vicino con un certo apparato di forza ed ha espulso i coloni la-

(1) « Nel caso di [illegible] violento e permesso al giudice mandamentale di prenderne cognizione e provvedere per la pronta reintegrazione con rimandare per [illegible] [illegible] il [illegible] provvedimento le parti avanti il tribunale ». Conforme a questo articolo il [illegible] periodo dell'articolo 1[illegible] della procedura civile, che contempla il caso di un attentato violento o clandestino, pendente il petitorio.

(2) Il [illegible] avv. [illegible] ha ragionato benissimo per dissipare il cavillo in una bella monografia riferita dal *Monitore*, 1866, pag. 746.

(3) È un *progresso* si diceva rapporto alle legislazioni modellate alla francese. Le pratiche regolatrici del rito nei giudizi di sommarissimo possessorio secondo il sistema separato di [illegible] dottrine [illegible], muovevano sempre dall'atto di citazione (§ 1437 del Regolamento giudiziario romano, 10 [illegible] e 1834).

tenti alla coltivazione: tutto il paese ne parla e si hanno i riscontri della questura. Al giudice non occorre di perdere il suo tempo col sentire testimonianze: così la qualità della prova che gli si offre conferisce mirabilmente *alla celerità*, raggiunge lo scopo della quasi istantanea restituzione, ed è un bel trionfo della giustizia, pronta a reprimere ogni disordine. Ma i fatti non sono sempre accompagnati da una *notorietà* irresistibile: la *clandestinità* include misteri che devono essere rilevati, è spesso disputabile, e desidera esperienza di prove. Noi vediamo di continuo giudizi di reintegrazione passare da un tribunale all'altro e ascendere alla corte suprema, presentando materia di ardue contestazioni. Il giudice non potrà a meno d'interrogar testimoni, talvolta ordinerà un accesso sul luogo. Qualche *dilazione* sarà pur necessaria per non giudicare alla cieca e procedere con dispotico arbitrio, è sempre sottintesa la formola *senza dilazione per quanto è possibile*. È un giudizio che si emancipa dalle forme dalle *forme ordinarie* ha detto la corte di cassazione di Torino (11 dicembre 1869, *Monitore* 1869, pag. 57). Il pretore intende sull'atto i testimoni, fa erigere un succinto processo verbale, ordina che si discuta immediatamente e decide. La sua sentenza può aversi per notificata essendo pronunciata in udienza pubblica; e immediatamente eseguibile. E qui si compendia la massima celerità possibile, e tuttavia sufficiente informazione non manca. Ciò che sopratutto interessa è il provvedere immediato nei casi in cui ogni indugio è funesto. Il giudice ha tutti i poteri da un Codice che a dir vero è liberale di rimedi e di mezzi quando si tratta d'instante pericolo. Pendente ancora il giudizio, anzi appena segua la citazione, in via di cautela preliminare, accorrendo sul luogo, per informazione sommaria di persone presenti, può ordinare che si chiuda lo sbocco pel quale una massa di acque si rovescia sul fondo del reclamante; provvede a un danno irreparabile. La discussione verrà dopo. Nulla di ciò che è necessario può essere inibito al giudice. Il formalismo non potrà nulla contro ciò che è un preciso dovere dell'autorità. Non si pronuncia sul diritto, e il diritto non è leso. Un'altra volta si ordinerà un sequestro giudiziario. Tizio possedeva un quadro di gran valore. Caio se ne impadronisce dicendo che il quadro è suo. Aperto appena il giudizio, con circostanze apparentemente gravi, si fa depositare il quadro in mano di un terzo a disposizione della giustizia. Il primo stadio di tali giudizi è sempre il più interessante. In seguito, passando il giudizio in appello, dopo i savi provvedimenti presi dal primo giudice, può anche rivestire le forme comuni.

SEZIONE V.

Disposizioni comuni alle sezioni precedenti.

Articolo 446.

Quando le parti siano rappresentate nel procedimento, a norma dell'art. 156 capoverso secondo, il pretore può ordinare che compariscano in persona all'udienza da lui stabilita se risiedano nel comune o nel mandamento, e, se risiedano fuori del comune o del mandamento, può richiedere che siano sentite, sopra fatti specificati, dal pretore del mandamento in cui hanno residenza.

Annotazioni

Nelle cause dei pretori e dei conciliatori hanno piuttosto mandatari che procuratori, nel senso giudiziale della parola (articolo 156, secondo capoverso).

La individualità dei litiganti non si ricopre dalla esistenza dei mandatari come da quella dei procuratori legali avanti ai tribunali civili e alle corti d'appello, la *comparsa personale* è quindi nelle facoltà del giudice, che può anche delegarne l'esperimento (V. ANNOTAZIONI all'articolo 401).

Articolo 447.

Il procedimento davanti i pretori per tutto ciò che non è regolato espressamente da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo I di questo titolo, e, trattandosi di cause commerciali, dalle disposizioni altresì del capo III dello stesso titolo, in quanto le une e le altre siano applicabili.

L'istanza però non proseguita è perenta al compiersi di un anno dopo l'ultimo atto.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — La legge francese del 1790 faceva decorrere la prescrizione dal giorno della citazione, e distruggeva l'azione medesima, talchè non poteva più riprodursi.

L'articolo 15 della procedura stanziò che, *pronunziato un decreto interlocutorio*, entro quattro mesi dovesse esser definita la causa. Passato questo termine, la causa *è perenta di diritto*. La perenzione di diritto è speciale nelle cause dei giudici di pace, mentre, secondo quel Codice, negli affari di tribunale occorre la istanza.

L'ultimo Codice sardo fissò esso pure una particolare perenzione nelle cause mandamentali, ma si guardò dall'appropriarsi l'incompleta ed assurda disposizione del Codice francese. Incompleta, diciamo, perchè per rendersi applicabile ha d'uopo della pronunzia interlocutoria che non accadde mica sempre, e non provvede agli altri casi. I pratici notarono questo difetto. Assurda, perchè non ogni processo probatorio può compiersi in quattro mesi senza danno della verità, e aggiungiamo illogica, mentre non colpisce la inerzia o la trascuratezza essendochè, giusta gli scrittori della materia, fuori del caso dello interlocutorio, la procedura può allungarsi sinchè Dio vuole. L'articolo 80 dell'ultimo Codice sardo diceva: « L'istanza avanti il giudice di mandamento non proseguita sarà perenta al compiersi dei sei mesi dall'ultimo atto ».

2. La sola mutazione cade sul termine che si protrae all'anno. È semplicemente una limitazione della legge *della perenzione d'istanza* (articolo 339 e seg.). Toltone il capoverso dell'articolo 339, la teoria si applica interamente.

(Aggiunta della prima edizione)

Della relazione fra i procedimenti pretoriali e quelli relativi ai tribunali civili e alle corti d'appello

(Richiamamento sull'articolo 232 e 447)

Poichè alla nostra mensa quotidiana è venuto spontaneo ad offrirsi un quesito che domanda di veder chiaro nella mente dell'art. 447, mi valgo della occasione per riempiere una lacuna che credo di aver lasciata.

Il quesito cade direttamente sulla disposizione dell'articolo 232, avendo un pretore in sua ordinanza destinato all'esame di testimoni un giorno al di là dei trenta, termine generale prescritto all'esame testimoniale dal prefato articolo.

Senza ricercare le particolarità del caso che può vedersi nella decisione di questa corte suprema (agosto 1867, relazione Gervasoni causa Fava, ecc.), in due modi si difendeva l'ordinanza del pretore. Si difendeva col dire che ad ogni giudice è dalla legge permesso di prefiggere un termine maggiore o minore dei trenta giorni, secondo la parola stessa dell'articolo 232, e in generale si sosteneva, che l'ufficio pretoriale non è apoditticamente soggetto alla osservanza d'una disposizione, la quale, con tutto il corredo processuale di cui fa parte, appartiene ai procedimenti di tribunali e di corti d'appello. E con ciò si era necessariamente condotti a interpellare la relazione che l'articolo 447 viene nella sua generalità determinando fra questi diversi ordini processuali, e così si esprime. « Il procedimento avanti i pretori per tutto ciò che non è regolato espressamente da questo capo *prende norma dalle disposizioni* del capo I di questo titolo..... in quanto siano applicabili ».

Se si potesse aver gran fiducia nella fraseologia del Codice, ed esser certi che il redattore dell'articolo 447 avesse proprio fatto attenzione a quella forma di dire, *prender norma*, per far capire che non si pretendeva imporre come precetti le richiamate disposizioni neppure in quelle parti in cui *fossero applicabili*, ma essere proposte ai giudici singolari semplicemente come indizi e metodi direttivi, ai quali dovrebbero accostarsi senz'assoluta necessità di conformarvisi, se la frase alquanto elastica e flessibile del *prender norma* si fosse adoperata per esprimere questo intendimento del

legislatore, sarebbe stata scelta bene e convenientemente usata. Ma la perfetta proprietà del dire non sembra esser stata la maggior preoccupazione del Codice, e già troviamo la identica espressione negli articoli 392 e 410, nei quali la relazione fra le diverse forme del procedimenti ha senza dubbio un carattere più deciso.

Meglio adunque e più sicuro è argomentare dalla varia e diversa indole dei giudizi, osservando particolarmente ciò che vi ha di proprio e sostanziale nei giudizi dei pretori.

Io credo che la relazione stabilita nell'articolo 447 sia in parte *direttiva* e in parte *necessaria*.

È *direttiva* per quanto riguarda la *istruzione*.

In effetto i pretori sono rivestiti di una certa podestà discrezionale per regolare la formazione dei processi e la trattazione delle cause; nel quale rapporto la durezza della forma farebbe impaccio e mal saprebbe convenire a quella specie di elasticità, di mobilità, di prontezza che caratterizza codesti giudizi, non senza riflettere, che un giudice singolare in mezzo ad affari lievi di qualità, molti di numero, non potrebbe servire ad esigenze rigorose di una procedura inflessibile. Il legislatore lo ha compreso, e in tanti luoghi del Codice si dimostra.

Seguita da ciò, che quella lunga prammatica degli esami, buona tutt'al più ai pesanti giudizi formali, non attecchisce, non simpatizza coi tenui e scorrevoli uffici pretoriali, e se il giudice fissa alla udienza dei testimoni un giorno più che un altro, così volendo l'economia del suo tempo, non può esser colpito da censura.

E ciò può valere ad esempio, e ben altri se ne possono raccogliere di somiglianti nel campo delle prove. Quando la *istruzione* è regolata dal giudice coi suoi decreti, colle sue ordinanze, alle quali le parti prestano obbedienza, quando una fiera legalità non presiede alla costruzione delle prove, poichè allora sono le parti stesse che lo vengono formando mezzo al fuoco, si direbbe, del combattimento, è chiaro che le nullità, le decadenze, le responsabilità più o meno gravi che le parti incontrano nelle loro tardità o nei loro errori, non hanno più luogo, non sono *applicabili*, per usare la espressione dell'articolo 447.

La relazione fra i procedimenti dei tribunali e delle corti coi procedimenti pretoriali è *necessaria* o *precettiva* che dir si voglia, in quelle parti che riguardano 1° *il rito essenziale*, 2° *gli elementi costitutivi del diritto probatorio*, 3° *quelle facoltà che le parti o il giudice stesso hanno dalla legge, e servono ad un fine di giustizia avanti qualsivoglia magistrato*, 4° *ciò che è d'ordine assoluto nello svolgimento processuale*.

Ed è chiaro che così dev'essere. Parlando ai giudici minori e trascorrendo in poche e brevi disposizioni i varii generi di prova ai quali altrove ha dedicato lunghi capitoli e minute istruzioni, la legge non poteva che genericamente richiamarle per non allungarsi in inutili e pesanti ripetizioni. Rimane adunque il sistema con dei principii fondamentali e con ordinamenti che non potevano sparire nè perdere efficacia in vista delle proporzioni più moderate che prende il giudizio in ragione della competenza.

La cosa sarà facilmente intesa applicando l'esempio ad ognuno dei quattro postulati sovrapposti.

I. L'articolo 425 ci fa sapere che il *giuramento decisorio* avanti il pretore può essere deferito personalmente dalla parte, o per mezzo di mandatario, indica in qual modo può proporsi la formola del giuramento. Ma come si presta? Bisogna rimontare all'articolo 226. Ecco il *rito essenziale*.

II. I due soli articoli 426 e 427 accennano alla prova per testimoni, modificando alcune prescrizioni comuni. Ma è di certa inevitabile applicabilità il principio stabilito nell'art. 236. *Fra gli elementi costitutivi del diritto probatorio* si annovera la indipendenza parentale del testimonio dalla persona del litigante.

III. Dell'intervento coattivo per garanzia e dell'intervento volontario dettano gli articoli 422 e 623. Ebbene vedrete senza difficoltà che la disposizione dell'art. 192 regge in tutta la sua forza, e regge non meno quella dell'articolo 205, *facoltà di cui le parti o il giudice stesso sono investiti*, come in ogni altro giudizio. Chiamo *necessaria la relazione dei procedimenti in questa parte* non perchè trattandosi di *facoltà* si possa esser costretti ad usarne, ma perchè nessuno potrebbe negare il diritto di usarne sotto pretesto che si tratta di procedimento di diverso carattere.

IV. Il procedimento pretoriale, in fatto di chiamata in garanzia, si passa dell'art. 195. Ma *è legge d'ordine indeclinabile* che la questione di competenza sia risoluta prima di quella della chiamata in garanzia, e vi si possono aggiungere gli articoli 187 e 188.

Con una monografia a parte io mi occupai altra volta di questo tema (Giunta XXIV della prima edizione, riportata a pag. 460 della seconda. Aggiungerò poche cose. Due soli arti-

coli (426, 427), le diceva, compongono tutto l'ordinamento del processo testimoniale. Sull'ultimo ci si presenta un articolo molto comprensivo, che è il 447. Nella dissertazione ora mentovata, inerendo alla giurisprudenza della corte suprema di Torino, mostrai quale spiegazione abbia a darsi a quel vocabolo di relazione *per der norma*, estendendomi per l'occasione ad alcune altre parti del processo pretoriale.

In seguito la giurisprudenza non ha avuto motivo di pentirsi di quella dottrina che scioglie il giudice minore dalle prescrizioni rigorose lasciando alla prudenza sua di regolare il tempo degli esami. Anzi possono notarsi altre decisioni in questo senso. Una della stessa corte di cassazione di Torino, del 24 gennaio 1868 (Bettini-Giuriati, 1868, pag. 64), altra della corte d'Aquila del 29 febbraio 1868, e della suddetta cassazione, 9 febbraio 1872 (*Annali*, I, 147).

Ancora quest'altra mitigazione si è fatta al rigorismo della legalità. Si è distinto il fatto del giudice dal fatto della parte. Dopo aver ripetuto il principio che la pena dev essere scritta testualmente nella legge, la sentenza della corte suprema di Torino del 27 agosto 1867, che ho più volte citata, in ordine alla nullità del processo testimoniale in quanto venne protratto oltre il termine ordinario, ebbe a stabilire che *il trascorrimento imputabile a colpa del giudice*, e non della parte, non deve risolgersi a danno di essa. Così pure stanziò quella corte con altra del 6 dicembre 1867 (Bettini-Giuriati, anno suddetto, p. 725). In tema generale ci sarebbe a ridire su questo diritto delle parti di coprirsi sotto l'errore del giudice, e certo non potrebbe passare come un principio. Ma qui si ha una ragione tutta particolare che bisogna metter in rilievo.

Il tempo processuale nei giudizi formali ora è condotto coll'opera delle parti, ora con quella del giudice. Di quando in quando s'incorre nel pericolo di decadenza per violazione o trascuranza di termini (art. 230, 231, 240). È manifesto che la parte che fa così poca economia del tempo legale, potrà infine trovare di averlo consumato inutilmente, e non potrà più valersi dei suoi mezzi: il che viene sancito nel seguente periodo dell'articolo 246. Non è del pari manifesto che l'errore del giudice possa portare alle stesse conseguenze. Vi ha di più. La colpa del giudice, come quella del procuratore, del cancelliere e dell'usciere, è contata da questi medesimi funzionari, articolo 240, caso che può dirsi unico. Se da un lato l'abuso e il male operare del giudice è di difficile prova, dall'altro si chiarisce come la colpa sua non debba riflettere dannevolmente sull'interesse delle parti.

Osservazioni aggiunte in questa edizione.

Queste poche avvertenze suscitarono dotte e ingegnose monografie che mi richiamano al dovere, e pel rispetto che io ho grandissimo verso le persone dovrei occuparmene. Ma riveduto lo scritto, e restando nelle mie convinzioni, non farò cenno che di una recente decisione di questa corte suprema di Firenze speciale nell'argomento.

Trattavasi di un esame di testimoni assunto da un pretore dopo i trenta giorni prefissi dall'articolo 232. Quell'esame fu dichiarato nullo. La corte suprema disse che la sentenza denunciata non aveva violata la legge; e proclamò nel modo più energico l'applicazione dell'articolo 232 ai processi pretoriali. Il relatore della causa, io mi sarei riserbata la indipendenza di scrittore, salvo l'omaggio che io debbo alle decisioni dell'alto consesso; ma quella era pure la mia convinzione personale. Mi dispenso dal ripetere ciò che ho detto a pag. 317 in un discorso, il cui oggetto principale era questo. Se il termine stabilito dall'articolo 232 possa essere moderato dal giudice nel più o nel meno, fosse pure il giudice delegato, fosse pure il pretore. E la facoltà risultava dallo stesso articolo 232 e non poteva che piacere a quelli che insistono sulla relazione dell'articolo 447 coll'ordinamento dell'esame nelle cause di tribunale oltre forse a ciò che io credo doversi.

La decisione della corte suprema di Torino del 1867 si occupava di una specie nella quale un pretore aveva destinato all'esame un giorno *al di là dei trenta*, ma l'aveva destinato. Quella della corte di Firenze di una specie in cui il termine era stato abbandonato alla legalità, il termine non era stato prorogato dal giudice come nell'altra.

Non ho motivo di cangiare le mie vedute generali sull'indole e carattere dei due procedimenti. Osservai che in ordine al processo pretoriale, in cui la ingerenza del giudice è più spiccata, in cui il rigorismo legale è meno giustificato, la perentorietà e la decadenza deve meno coltivarsi e trovar che una ragione. In relazione alle circostanze, poteva avere la distinzione adottata fra *il fatto del giudice e il fatto della parte*, nelle stesse combinazioni di rito portate dal processo ordinario.

CAPO VI.

DEL PROCEDIMENTO DAVANTI AI CONCILIATORI.

SEZIONE I

Dell'istruzione della causa.

Articolo 448.

Davanti i conciliatori i giudizi sono spediti senza formalità. Le domande e le difese sono esposte verbalmente.

Annotazioni

Tutta la procedura si presenta in compendio avanti questo prezioso magistrato, che si chiama *conciliatore* dalla sua funzione principale, da quella che conferisce alla sua missione un carattere eminentemente sociale e che si approssima alla beneficenza (1). Nell'organismo così semplificato esistono tuttavia ed hanno luogo gli elementi sostanziali del processo che il legislatore ha saputo presentare sotto una gradazione di forme che risponde alla reale loro importanza. Il carattere che principalmente distingue il processo del conciliatore è la *verbalità delle domande e delle difese*. Si eccettua però la domanda introduttiva che *si fa con citazione per biglietto* (articolo 133). L'articolo 147 indica il termine. L'ultimo capoverso dell'articolo 154 esprime la facoltà di abbreviarlo, ritenute le avvertenze che abbiamo notato ai luoghi rispettivi. L'articolo 37 riceve qui la sua migliore applicazione: le parti *possono comparire volontariamente*. Quindi in ogni punto dello spazio, per dir così, trovate un magistrato preposto a comporre colla sua autorità, quasi paterna, le vostre differenze, e, se occorre, e fin dove la sua giurisdizione il consente, a giudicarle sedendo fra voi, come in famiglia. Alle difese, alle eccezioni *nessun processo verbale* se non dove la legge saviamente lo esige a certi atti più importanti. Non essendo in generale appellabili le sentenze dei conciliatori, ciò spiega il non uso dei processi verbali: quando si deve render conto della sentenza, allora si deve conservare la memoria delle eccezioni e delle difese. È necessario ravvicinare a questo titolo il regolamento 14 dicembre 1865, dall'articolo 172 al 183, che non appartiene a noi il commentare, ed è compito di quelli che assunsero questa speciale istruzione (2).

Articolo 449.

Chi vuol porre in causa il garante deve farlo nel termine per comparire, o in quello che il conciliatore gli accordi: altrimenti l'istanza in garantia è separata dalla causa principale.

Annotazioni.

Il termine a comparire può essere talmente breve che manchi affatto il tempo, e la legge provvede. Il conciliatore, udita la domanda verbale alla udienza, differisce la causa e assegna un termine.

Se più siano i garanti, il termine è sempre

---

(1) Vedi fra i migliori il lavoro dell'egregio avvocato Scamuzzi, pretore di S[illegible], intitolato *Manuale dei giudici conciliatori*, pubblicato dall'editore Biagio Moretti in Torino. Questi ed altri lavori in questo genere sono condotti con pari diligenza, chiarezza di esposizione, e intelligenza di ciò che è necessario a una tale istruzione.

(2) Si è già annunziato al commendevole lavoro dal quale può attingersi.

uno e sarà cómpito del convenuto fare in modo che tutti si presentino all'udienza fissata.

Porre in causa, secondo la frase particolare qui usata, non è altro che citare i terzi onde vengano in causa. Il terzo o più terzi abitano per avventura in luoghi lontani. *Quaeritur* se il conciliatore debba prestarsi e segnare le rispettive citazioni abbreviando il termine. La legge non lo dice, nondimeno, siccome, volendosi il fine non deve esitarsi ad ammettere il mezzo, e non avendo la parte autorità ad abbreviare il termine, non veggo perchè il giudice non abbia a prestarsi, semprechè, date le distanze, sia possibile senza differire di troppo la udienza. Bisogna rammentare che la chiamata in garanzia appartiene bensì alla difesa, *ma non alla difesa necessaria*, e tiene piuttosto alla economia di essa e alla utilità del convenuto, al quale rimane sempre salva l'azione. Pertanto se il termine da assegnarsi non è compatibile colla celerità del giudizio, il danno ricadrebbe incongruamente sull'attore. Nondimeno il terzo, per un invito qualunque del convenuto, potrebbe comparire volontariamente alla nuova udienza.

Non può essere applicabile l'art. 190. L'attore ne avrà cognizione alla stessa udienza.

Se il terzo chiamato in garanzia non comparisce, non si emette dichiarazione di contumacia, l'azione è riservata, e se ne parlerà in altro giudizio.

Non si fa parola *d'intervento* volontario; ma per le osservazioni fatte al precedente articolo, ogni parte sostanziale del processo civile essendo qui rappresentata nelle proporzioni convenienti, il laconismo non deve offender la sostanza, e potrà intervenire chi creda avere interesse. L'intervento volontario non alterando menomamente la marcia del processo, sarà ammesso sino alla pronuncia della sentenza, o *sino a che il giudice abbia proceduto per la pronuncia della sentenza* (idest abbia fissata l'udienza), per l'analogia dell'art. 423.

È noto che altra specie di chiamata in causa è quella *della controversia comune* (art. 203). Si è veduto nella procedura pretoriale una disposizione che potrebbe ritenersi non del tutto corrispondente all'indole di essa (articolo 423), e che in effetto verrebbe a prolungarla oltre il bisogno. Nel tema presente, tacendo la legge, troverei più regolare, o almeno più conforme allo spirito di questa procedura, comprendere l'una e l'altra forma di garanzia nell'articolo 449, all'effetto che la chiamata dovesse farsi sempre in quello stesso termine. Tanto più che la dizione, un po' inesatta, un po' elastica, dell'articolo 449, può comprenderle amendue.

Articolo 450.

Nel giorno stabilito per la comparizione l'attore presenta i documenti su cui fonda la domanda.

Quando il convenuto ne faccia richiesta, il conciliatore può accordargli un termine per la risposta o per la presentazione di documenti.

Il conciliatore esamina i documenti, sentite le parti nelle loro osservazioni.

Articolo 451.

Agli interrogatorii diretti da una parte all'altra si risponde immediatamente, sempre che il conciliatore li riconosca ammessibili.

Annotazioni.

L'interrogatorio avanti il giudice conciliatore si riduce alle proporzioni di una *comparsa personale*; assume la stessa indole, lo stesso carattere. Di fatti abbiamo veduto ove occorse, che l'interrogatorio si distingue dalla comparsa personale 1° perchè è eccitato dalla parte e non dal giudice; 2° perchè verte sopra fatti specifici e determinati, 3° perchè il rispondere appartiene ad una parte sola, a quella a cui l'interrogatorio è deferito. Ciò quanto alla espressione ed alla forma, che però ne discerne la sostanziale differenza. Quanto *alla relazione che la prova per l'interrogatorio* ha colle altre prove nel processo esistenti, all'articolo 206 fu d'uopo stabilire quai canoni proponga la scienza per la loro ammissibilità, ricomparendo poi la stessa disposizione nel processo pretoriale, all'articolo 424 si è dovuto rammentare quella teoria, che con minore forza ed estensione può ancora applicarsi: *essa non ha riscontro nella presente procedura*. Il conciliatore non è tenuto a indagare se questa

prova faccia concorrenza con altra, e quando prevalga. Egli non nega ad una delle parti il facile sperimento d'interrogar l'altra, se è presente, ed egli stesso può l'altra interrogare d'ufficio, e così di tratto convertire, come ho detto, l'interrogatorio *in comparsa personale*, il che può mirabilmente illuminare la sua coscienza. Vero è che l'articolo dice: *semprechè il conciliatore li riconosca ammessibili* (gl'interrogatorii), ma deve intendersi *in quanto li reputi pertinenti alla causa* e perciò ammissibili. Non scrivendo io soltanto a puro sussidio della pratica, ma anche qualche cosa a servigio dei principii, noto volentieri questo fenomeno, quella specie di degradazione, o meglio, semplificazione che un istituto giuridico può subire, pressochè insensibilmente, spostandosi, e discendendo in un'atmosfera ove la verità si cerca con mezzi meno artificiali.

Articolo 452.

Quando sia deferito il giuramento, il conciliatore ne precisa la formola, e fa risultare del giuramento prestato con processo verbale sottoscritto dal giurante, dal conciliatore, e dal cancelliere.

Annotazioni.

Partendo dall'ultima osservazione, noi vediamo questa magistratura, le cui sentenze sono inappellabili quanto al merito dei giudizi (articoli 481, primo capoverso), la cui sovranità nei punti estremi si tocca con quella della corte suprema, esistere in qualche modo in un ambiente morale, non soggetto alla censura di tribunali superiori, reggersi più colla coscienza che colla legge. Nel sistema siciliano, che ha ispirato il presente, i conciliatori *erano sottoposti alla immediata vigilanza del procuratore del re*, affrancati da tale soggezione, il loro ufficio nobilitato dalla indipendenza, è divenuto più rispettabile e insieme più grave. Talvolta gli è dato di modificare colla equità naturale il rigore del rito, come abbiamo visto e vedremo, ma questo succede quando la disciplina è accessoria, quando non si presenta essa stessa come condizione necessaria della libertà giudiziaria (1). Ma il conciliatore si trova in una posizione singolare nel tema di questo articolo. Qual è mai il suo arbitrio in materia di giuramento? Cerchiamo di soddisfare a questa delicata domanda.

Dividiamo l'argomento. *Qual è il suo arbitrio rispetto alla delazione ed ammissione del giuramento?* Qual è il suo arbitrio *rispetto alle norme del rito?*

Il giudice conciliatore *può deferire il giuramento d'ufficio*, giusta l'articolo 1374 del Codice civile: ciò è indubitato. È però suo dovere di non allontanarsi dalle regole imposte dall'articolo 1375. Passando al giuramento decisorio, quale miglior mezzo per finire le piccole questioni, i piati della povera gente, che il giuramento? Per certo esso entra fra i mezzi più simpatici, se mi si permette la parola, a tal procedura. Il giudice lo ammetterà facilmente. Si comprende che *dove il giuramento è formalmente vietato dalla legge* (art. 1364, capoverso, articolo 1365 del Codice civile), il giudice non può infrangere il divieto; ma noi a suo luogo e per quanto ci consente lo spazio, abbiamo lungamente ragionato degl'impedimenti che ad ammettere il giuramento decisorio può presentare lo stato delle prove acquisito alla parte che dovrebbe giurare (*Annotazioni* all'art. 330 e *Aggiunte*). Io non credo per altro che tutte quelle regole spinose, che sono lo scoglio e insieme una necessità dei giudizi ordinari, facciano imbarazzo in una causa di trenta lire avanti il conciliatore. Lo spirito d'equità che dirige siffatti giudizi deve determinare una giurisprudenza conforme: quelle regole giuridiche si muteranno pel conciliatore in regole di prudenza, in consigli della ragione.

Il rito ha qualche cosa di più severo. Il rito giuratorio è principalmente *subbiettivo*: protegge la libertà di coscienza in chi deve giurare nel tempo stesso che la tiene in freno col vincolo del giuramento; e tende allo scopo della verità. Quindi la legge del Codice civile, anche dove parla del *riferimento* (art. 1367, 1370) dev'essere osservata. Il giuramento diventa una obbligazione immodica quando non possa essere riferito all'avversario. Ciò non riguarda direttamente la legge del rito, ma

(1) Libertà giudiziaria derivabile dalla disciplina, come può essere? Quando la disciplina è necessaria al computo esatto dei diritti rispettivi delle parti.

esige rispondenza nella procedura per essere attuato.

Poniamo qui alcune brevi norme.

a) *Della formola.* Il nostro articolo dice che il conciliatore *la precisa.* Egli dunque non la propone nè può proporla; è atto di parte. *La formola è scritta.* Che possa proporsi verbalmente, non vi è dubbio come avanti il pretore (articolo 135), ma, come ivi si dichiara, *è ridotta in iscritto nel processo verbale della causa.* Il deferente, o un suo mandatario specialmente abilitato, sottoscrive la stessa formola o il processo verbale. Questo è indispensabile affinchè consti della volontà sua e del fatto. Bisogna sentire le opposizioni dell'altra parte ch'essa farà all'udienza, onde non si ammette veruna notifica. Sentito le parti, è allora che il giudice *precisa la formola.*

b) *La risposta non si darà nella stessa udienza.* La improvvisazione di una risposta giurata ripugna allo spirito generale del Codice. Però in questo termine potrà la parte alla quale è deferito il giuramento dichiarare *di volerlo riferire* all'altra parte, se pure non lo ha dichiarato nella stessa udienza.

c) *Se la parte ricusa di giurare, o non si presenta,* se non giustifica legittimo impedimento, soccombe; quindi ha luogo la piena applicazione dell'articolo 225.

d) *Della prestazione del giuramento.* Niuna parte può omettersi del rito sacramentale stabilito nell'articolo 226.

Articolo 453.

Quando occorra di esaminare testimoni, il conciliatore stabilisce l'udienza per l'esame. I testimoni sono sentiti separatamente, previo giuramento, ancorchè allegati a sospetto, salvo a tener conto dei motivi di sospetto nell'apprezzarne le deposizioni.

Se i testimoni siano necessari, e per impedimento legittimo non siano intervenuti all'udienza, il conciliatore ne può differire l'esame per pochi giorni.

Articolo 454.

Quando il conciliatore stimi conveniente di sentire altri testimoni, fare una verificazione, od ordinare una perizia, dà le occorrenti disposizioni con ordinanza stabilendo il giorno e l'ora in cui si dovrà eseguire l'atto ordinato.

Nello stesso modo nomina un altro perito, se una delle parti alleghi a sospetto il primo per motivi fondati.

Annotazioni.

È notevole la differenza che passa fra questo e gli altri procedimenti *per quanto riguarda la iniziativa dell'esame testimoniale.* Esso è sempre proposto dalla parte cui interessa; la stessa regola è tenuta nei giudizi pretoriali (articolo 420). L'articolo 453 si esprime in un modo generico: *quando occorra di esaminare,* ecc. Più esplicito è il seguente: *quando il conciliatore stimi conveniente di sentire altri testimoni.* Da ciò una conseguenza semplice ma grave, attesa la sua novità, che il conciliatore, non altrimenti che un presidente delle assise (*servatis servandis*), *ha un potere discrezionale di sentir testimoni,* indipendentemente cioè dalla istanza delle parti o di aggiungerne. Dal discorso delle parti, dalle rispettive loro contestazioni, egli raccoglie che giovi sentire il mediatore, per esempio, che trattò l'affare, ordina che si presenti a lui nella prossima udienza e la cancelleria lo invita con un biglietto. Verificazioni, perizie, ricerche prudenti allo scopo della verità è in poter suo di ordinare, senza formalità, prontamente, a grado suo.

Quanto ai testimoni, la legge impone due sole formalità: *esame separato, giuramento.* (L'articolo 59 del Codice siciliano non esprimeva che la prima, ma l'altra, io credo, era sottintesa). Le facoltà del giudice non si estendono sino ad invertire i requisiti essenziali della prova, quanto dire sino a renderla inabile alla dimostrazione della verità che è il suo oggetto.

Il conciliatore è libero conoscitore della materia dell'esame, udite le parti, egli dirige le interrogazioni; le parti possono essere presenti.

L'allegazione in sospetto dei testimoni non lo arresta: egli ha inteso le osservazioni contrarie, le accoglie nell'animo, non risponde,

ma libra equamente le disposizioni, ne tien conto, apprezza e decide colle impressioni della coscienza come il giurato.

Sono venuto spesso accennando che in mezzo a questa sua libertà, il conciliatore deve rispettare le norme essenziali della prova, quelle intendo che la legge ha riputate tali. Sarà quindi per lui inviolabile il disposto dell'articolo 236.

Il *sospetto del perito*, a differenza di quello del testimonio, impone talvolta di licenziarlo e nominarne un altro. Ciò è nella natura delle cose. I testimoni non nascono a volontà, il perito si può scegliere.

Difficilmente si ordinerà una seconda perizia per non aggravare la spesa, non deve però esser vietato, più spesso il giudice domanderà schiarimenti al perito.

Come si ritiene sempre dato il mezzo *sine quo jurisdictio exerceri non potest*, il testimonio che non si presenta potrà essere soggetto alla coercizione dell'articolo 239, salvo che l'ammenda non sarà maggiore di lire 5 (art. 464, capoverso ultimo).

Io credo che due formalità siano necessarie ad osservarsi rispetto ai periti: 1° Quella dell'articolo 253, capoverso primo. Tanto più in un giudizio famigliare che va *de bono et æquo*, come dicono; all'udienza il giudice domanderà se le parti vogliano concordare nella persona del perito, ciò basta; 2° Quella dell'art. 259, capoverso: *il giuramento del perito*. È di rigore che non possano nominarsi periti quelli che non sarebbero ammissibili come testimoni (articolo 254).

Articolo 455.

Non si fa alcun atto o processo verbale dell'istruzione, eccettuati i casi indicati negli articoli precedenti, e quello in cui sia impugnato come falso un documento.

In quest'ultimo caso il conciliatore provvede a norma dell'articolo 406.

Annotazioni.

1. Nel solo caso del giuramento decisorio si richiede il processo verbale, ossia la storia completa della operazione giudiziale. Qui viene in buon punto l'articolo 675 del regolamento (14 dicembre 1865) a mostrare che la cancelleria del conciliatore non è *tabula rasa*, come sembrerebbe da questo articolo, ma è sistemata e provvista di più ordini di registri, fra i quali il registro D, che tien conto *anche dei semplici atti e delle dichiarazioni*. *Semplici atti* si diranno quelle risoluzioni ordinatorie che non hanno il vero carattere di ordinanza, e proprio di questa procedura; nel linguaggio regolamentare per *dichiarazioni* non possono intendersi che *atti di parte*, in questo senso di fatti si usa lo stesso vocabolo nell'art. 192, num. 2 del regolamento. Si ricordi che la esenzione del processo verbale, di atti e registri che ne facciamo memoria, non *riguarda che la istruzione*. Non si può mai ritenere che un processo qualunque manchi di dati, di memorie autentiche a cui riferirsi almeno nelle cose più importanti. Avviso però che il cancelliere terrà conto di quelle *dichiarazioni* che le parti crederanno di affidare al registro di cancelleria, facendone verbale domanda al cancelliere. Fa senso che non si parli affatto di *processo verbale d'udienza*. Non vi sarà cancelliere che abbia il coraggio di omettere un simile atto, qualsiasi il nome con cui si voglia chiamare, e vi si troverà almeno indicata la causa, il giorno della udienza e la risoluzione adottata dal giudice al chiudersi di essa. Posto che ciò è elementare di ogni processo, posto che la legge in ciò che tace o non ha voluto dire, o ha dimenticato, si riferisce specialmente al procedimento pretoriale, si ha quanto basta per concludere che la redazione del processo verbale d'udienza, nei suoi dati principali, non può essere omessa.

2. Sulla remissione del documento impugnato di falso mi riporto a quanto ho detto all'articolo 406.

Ricusazione del conciliatore.

L'articolo 65 del Codice siciliano in questo proposito disponeva: « La incompetenza o la « ricusa del conciliatore non sospenderà il « corso del giudizio, quando egli creda che « l'una e l'altra non sia giustamente proposta; « ma dovrà spiegare con semplice atto (1) i

(1) Da ciò si scorge che questa dizione *semplice atto* in materia di conciliazione, fu per noi tolta dal Codice siciliano, come in gran parte abbiamo presa la istituzione.

« motivi e trasmetterne copia al regio procu« ratore. Non potrà eseguirsi (cioè *pronunciarsi*) la sentenza definitiva finchè il tribu« nale non deliberi sulla eccezione » Il nostro Codice invece non parla di questa come non parlò della ricusazione del pretore Ne aveva già parlato, ecco il motivo, ne aveva parlato in quella parte in cui il diritto della ricusazione è stato diligentemente sistemato. Ivi si è divisato ciò che riguarda il conciliatore (articolo 120, capoverso) È una delle lodi del nostro Codice l'avere ovviato alle ripetizioni, ai ritornelli, non rimestando ad ogni variarsi del procedimento quegli ordinamenti che devono stimarsi generali e cardinali nel sistema Qui potrà domandarsi, in relazione al testo siciliano, se *il conciliatore debba istantaneamente fermarsi a fronte della ricusa*, ovvero sino a un certo punto non darsene per inteso e restare in seggio. Questo sarebbe invero un privilegio del conciliatore, privilegio che alcuno vorrebbe scusare dicendo che trattasi di piccoli affari e di cause le più celeri e brevi. Non altro di fatti sembra lo spirito del Codice siciliano. Inutile riflesso per noi, mentre ogni giudice ricusato è soggetto a questa legge — *dal giorno della comunicazione rimane sospeso il corso della causa* articolo 124, capoverso. Il pretore, che deve conoscere del merito della ricusa, nomina altro giudice (ivi), che sarà il *conciliatore vicimiore*, secondo l'articolo 31 del decreto sull'ordinamento giudiziario 6 dicembre 1865.

SEZIONE II.

Dell'incompetenza.

Articolo 456.

L'azione d'incompetenza proposta da una delle parti non sospende il corso del giudizio, se il conciliatore non la creda fondata. In questo caso il conciliatore deve spiegare i motivi dal suo avviso con semplice atto, e trasmetterne copia al pretore del mandamento, il quale pronunzia sull'incidente.

La sentenza definitiva del conciliatore non può eseguirsi finchè il pretore non abbia pronunziato sull'incidente.

Quando il pretore dichiari l'incompetenza, il giudizio davanti il conciliatore si ha come non avvenuto

Annotazioni.

O la incompetenza che una delle parti oppone sia assoluta o relativa, il conciliatore *se non la crede fondata passa* oltre e giudica il merito; e in ciò il metodo non ha nulla di straordinario. Tuttavia nel rispetto della incompetenza egli cessa di esser sovrano nella sua piccola giurisdizione, e rende conto del fatto suo. Espresso in *semplice atto*, con una specie di rapporto in via interna e amministrativa, subordina al pretore del mandamento il suo avviso. La manifestazione del giudice *per semplice atto* rimane nei registri di cancelleria (articolo 175 del regolamento, lettera *D*); è di questo stesso che si spedisce copia al pretore.

A me parve che, in luogo *di azione di competenza*, si dovrebbe leggere *eccezione d'incompetenza*. È certo che al fine che il giudice possa occuparsene, fa d'uopo elevare la eccezione avanti di lui, eccettochè non si tratti di incompetenza essenziale per ragione di materia o valore. La espressione del testo potrebbe salvarsi nella previdenza che un'azione relativa si fosse introdotta avanti qualche autorità e si opponesse la esistenza di questo stesso giudizio. Ad ogni modo la eccezione d'incompetenza dovrebbe formularsi avanti lo stesso conciliatore.

Articolo 457.

Le parti possono far pervenire al pretore le loro memorie e i documenti.

La sentenza del pretore è spedita d'uffizio per copia al conciliatore.

Annotazioni.

Il pretore pronunzia sull'*incidente*. In qual modo? con quale procedura? con qual forma di decreto?

Le parti non sono citate nè intese art. 66 del Codice siciliano; possono presentarsi documenti o memorie, ogni cosa si fa nella camera del pretore senza veruna forma di giudizio. Il pretore pronuncia *una sentenza*, dice l'articolo, dalla quale espressione nasce una questione grave.

Quando non si creda inutilmente fissato nel linguaggio della procedura il senso di quei vocaboli che ne esprimono le idee fondamentali, *per sentenza* s'intenderà sempre quell'atto complesso che consta di elementi necessari e accidentali quali ci descrive l'art. 360 o 436 in soggetto pretoriale. La *pubblicazione* della sentenza è una delle sue parti essenziali, anzi è quella che, a rigor di parola, le dà vita. Io sono del tutto convinto che la sentenza dell'articolo 457 non sia quella dell'articolo 360, che tale appunto non può nè deve qualificarsi dove non fu processo, non citazione, non parti, non difese; *non esser sentenza* quella che non si pubblica, ma si trasmette amministrativamente da dicastero a dicastero all'uso di un dispaccio, e nulla ritiene del carattere giudiziale. Ma allora perchè si chiamò *sentenza?* Non sarebbe piuttosto un *decreto*, un provvedimento o congenere, per quella relazione che ha coi segni dell'articolo 50? Non è questione di parole, ma di peso e sostanza, mentre, ammesso che trattasi di sentenza, e di sentenza pronunziata in secondo grado, si avrebbe quanto basta per sostenere un piato di cassazione, giusta le generali espressioni dell'articolo 517. Ma non si tratta di vera sentenza nè vero appello; e *niuna forma è prescritta sotto pena di nullità*, perchè niuna forma di fatti deve osservarsi Più che il soggetto di esame, mancherebbe alla cassazione il terreno legale su cui fondare la sua decisione.

La *deliberazione* del pretore (io consiglio di sostituire questa voce all'altra, *sentenza*) manda in nulla tutto ciò che si è fatto avanti il conciliatore; le parti ne prenderanno cognizione in cancelleria, e l'attore vedrà come possa riprodursi avanti il giudice competente colla stessa, o con diversa domanda. Il pretore si limita a dichiarare la competenza o incompetenza del conciliatore; non dichiara quale sia il giudice competente al quale abbia a rimettersi la causa.

Articolo 458.

Quando il conciliatore creda fondata l'eccezione d'incompetenza proposta dalla parte, o senza eccezione di parte si reputi incompetente per materia o valore, esprime con semplice atto i motivi del suo avviso, e ne trasmette copia a norma dell'articolo 456.

Il corso del giudizio resta sospeso finchè il pretore non abbia pronunziato sull'incidente.

Annotazioni.

Il conciliatore, come ogni altro magistrato giudiziario, è giudice della propria incompetenza, e deve astenersi da ogni cognizione sul merito, quando si ritenga incompetente d'incompetenza assoluta. Altra delle parti può opporre questa specie d'incompetenza, come può opporla per altre cause, per ragione di territorio o di persona. Il conciliatore, che della propria incompetenza è persuaso, non pronuncia però un decreto d'incompetenza, ma semplicemente di sospensione della causa, e, come dice l'articolo, *esprime con semplice atto i motivi del suo avviso.* Egli ne spedisce copia al pretore: intanto questo suo avviso motivato, che per aver forza legale aspetta la sua conferma dal pretore, è patente alle parti nella cancelleria.

Il pretore, giova ripeterlo, non giudica *tanquam judex ad quem* in sede di appellazione. La sua deliberazione integra quella meramente opinativa del conciliatore; le attribuisce un effetto giuridico. Se la deliberazione del pretore è contraria alla incompetenza, non resta che riassumere la causa.

Articolo 459.

Quando l'incidente sulla incompetenza elevato dalle parti non sia stato sottoposto al pretore, o il conciliatore non abbia d'uffizio elevato l'incidente della incompetenza per materia o valore, le parti possono appellare dalla sentenza, e l'appello non ha effetto sospensivo.

La parte che intenda proporre l'appello, ne fa dichiarazione al cancelliere del conciliatore, nel termine di giorni tre dalla notificazione della sentenza.

Il cancelliere scrive la dichiarazione, e ne consegna copia, da notificarsi all'altra parte nel termine di giorni tre successivi.

Il tutto sotto pena di nullità.

Il cancelliere trasmette immediatamente copia della dichiarazione di appello e della sentenza al pretore, osservato nel resto il disposto dall'articolo 457.

Annotazioni.

1. *La sentenza dalla quale le parti possono appellare* è la definitiva. Si è già notato che sulla questione della incompetenza il conciliatore non emette una vera pronunzia.

Ecco il solo caso in cui la sentenza del conciliatore è appellabile (articolo 459).

È interessante il seguente passaggio della relazione del ministro Pisanelli che riguarda questo soggetto e ci mette addentro nello spirito della istituzione.

« *Le sentenze dei giudici conciliatori sono,* « *di regola, inappellabili.* La istituzione dei « medesimi avendo per iscopo principale di « appianare le contestazioni, verrebbe meno « in gran parte il benefizio che vuolsi ripro- « mettere da una giustizia facile, non dispen- « diosa, ove le cause di loro competenza « andassero soggette al secondo grado di giu- « risdizione. Tenuto conto delle qualità indivi- « duali di coloro che possono essere chiamati « ad esercitarne le funzioni, non si poteva « imporre assolutamente ai giudici concilia- « tori di pronunziar sempre secondo le re- « gole di diritto, e di dare in ogni caso con « metodo scientifico i motivi della decisione. « Quando rimanga incerto il diritto delle parti, « il giudice stesso, per l'indole della sua mis- « sione, potrà pronunziare come amichevole « compositore. Nella sentenza non è tenuto, « quanto ai motivi, se non di esprimere le « circostanze ch'egli stesso riterrà influenti. « Ammesso tale sistema, ne viene di conse- « guenza che la sua decisione dev'essere « inappellabile ».

Una questione d'incompetenza prende tosto l'aspetto di un interesse generale e tiene di sua natura agli ordini del diritto. Due cause ragionevoli dell'appellabilità, ma dovrò dire più avanti che nè dall'una nè dall'altra è stato mosso il legislatore.

Intanto osservo che tale facoltà è ridotta quasi al non uso dalle due limitazioni portate nel primo periodo dell'articolo.

Ivi si fanno due ipotesi. La prima che *l'incidente elevato da una delle parti non sia stato sottoposto al pretore*, l'altra che *il conciliatore abbia elevato d'ufficio l'incidente della incompetenza.* Quantunque in amendue i casi la legge faccia debito al conciliatore di sottoporre il suo avviso al pretore e gli leghi, per così dire, le mani, o col negare esecuzione alla sua sentenza (articolo 456) o coll'inibirgli la pronunzia (articolo 458), con tutto ciò suppone che il conciliatore abbia mancato ad ogni suo dovere, è allora che può farsi luogo all'appello.

Il sistema, tolto di peso dall'articolo 67 del Codice siciliano, è alquanto ibrido. Ben si scorge che la deliberazione del pretore decide inappellabilmente la questione dell'incompetenza, o si rechi a lui in via stragiudiziale ed interna per trasmissione fatta d'ufficio dal conciliatore, o gli si presenti con atto formale dalla parte in via d'appello. Ciò adunque che sembra essere necessario, si è che debba intervenire il giudizio del magistrato superiore in fatto di competenza o incompetenza, e quindi se la parte ha sollevata l'eccezione, e il pretore non sia stato richiesto per ufficio dal conciliatore, la legge supplisce al difetto, facoltizzando la parte a ricorrere allo stesso pretore. In tal caso il pretore ne prende cognizione, senza però assumere un giudizio formale il che merita osservazione, così disponendo chiaramente l'ultimo capoverso dell'articolo, « il cancelliere trasmette immediatamente co-

« pia della dichiarazione d'appello e della sen-
« tenza al pretore, *osservato del resto il dispo-
« sto dell'articolo 457* », ove appunto si vede procedersi senza forma regolare di giudizio sebbene l'atto col quale la parte si rivolge al pretore sia disciplinato dalla legge, soggetto a nullità, e da qualificarsi vero atto giudiziario.

Qui vengono due considerazioni, l'una delle quali concerne la critica del sistema, l'altra il modo stesso di procedere.

Non c'è bisogno dell'intervento, dell'approvazione o disapprovazione del pretore, *ove il conciliatore abbia elevato d'ufficio l'incidente d'incompetenza per materia o valore* (1). Perchè adunque ora si richiede ed ora no il giudizio del pretore? Perchè il conciliatore è libero ed autonomo *quando d'ufficio si ritiene incompetente;* e in questo caso può anche trascurare le prescrizioni dell'articolo 456, quantunque si tratti d'incompetenza radicale per *materia e valore*: e invece se la incompetenza è allegata dalla parte, e l'incidente non sia stato sottoposto al pretore, si fa luogo all'appello.

La legge adunque non esige l'appello formale *in considerazione dell'intrinseca importanza di una questione d'incompetenza, o perchè si tratti di un giudizio di diritto*, mentre non l'ammette se si dichiara d'ufficio, e lo fa nascere da *meri accidenti* nell'altro caso.

Veniamo all'altra osservazione. *Le parti*, dice l'articolo, *possono appellare dalla sentenza, e l'appello non ha effetto sospensivo*. Non potrebbe intendersi che la sentenza definitiva pronunciata dal conciliatore. Secondo questo articolo dovrebbe adunque attendersi tale sentenza, e non vi sarebbe il soggetto dell'appello senza tale pronunzia, anche perchè il giudice potrebbe persuadersi per le osservazioni delle parti di essere competente e definire la causa. Ma non si è posto mente che, stimandosi incompetente, il giudice *non pronunzia sentenza* nè sul merito della questione, nè sulla stessa incompetenza. Dalla prima si astiene, com'è naturale, e quanto all'altra *fa un semplice atto*, ossia espone un *avviso*, che si registra in cancelleria: un avviso che non sarà mai un ente giuridico qualsivoglia se non è confermato dal pretore. Ebbene, si appella forse in tal caso, e da qual sentenza si appella?

Ecco un'altra difficoltà, o meglio difetto da noi ricopiato dal Codice napoletano, non riveduto dalla critica dei redattori.

Posta questa condizione di cose, io suggerirei di eccitare primieramente il conciliatore a trasmettere il suo avviso al pretore per l'adempimento dell'articolo 458. Può credersi che la domanda sarà accolta, e tosto sarà rimediato. Se non si risponde, si ricorrerà al pretore, non con appello formale, *perchè la formalità dell'appello suppone la formalità della sentenza*, e qui sentenza non esiste, ma con ricorso e istanza a guisa di ricorso onde provvegga, siccome avrebbe fatto, per trasmissione ufficiale. Il vuoto c'è, il consiglio non mi sembra ripugnare allo spirito semplice e facile del sistema. Che se il giudice d'ufficio si motivò incompetente, e quindi non pronunziò sentenza, nè ricorso, nè appello al pretore, è possibile, poichè il conciliatore è sovrano nella sua decisione e bisogna rassegnarsi, salvo il promuovere un regolamento di competenza se altro giudice adito si dichiarasse pure incompetente.

2. Se la decisione del pretore, pronunziata senza veruna forma di processo, si vuol chiamare *sentenza*, non si farebbe luogo a cassazione, non verificandosi l'altro termine di un vero appello, secondo l'articolo 517. Noto che la sentenza del conciliatore è soggetta a revocazione (articolo 506, primo capoverso).

---

(1) Mi permetto anche di protestare contro la improprietà di questa dizione. Il giudice che d'ufficio, in un modo qualunque, si dichiara incompetente, *non eleva incidente*: egli quanto a lui definisce la causa.

SEZIONE III.

Delle sentenze e della loro esecuzione.

Articolo 460.

La sentenza definitiva del conciliatore deve contenere l'indicazione del nome e cognome, del domicilio, o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, le circostanze influenti, il dispositivo.

Annotazioni.

Circostanze influenti, specie di motivazione senza impegno e senza metodo razionale: semplici indicazioni.

Il conciliatore condanna nelle spese o le compensa secondo le circostanze. È applicabile, per quanto lo riguarda, l'articolo 439.

Non vi essendo nè appello nè ricorso, manca la sanzione di nullità.

Articolo 461.

La spedizione della sentenza si fa dal cancelliere colle forme esecutive stabilite per le altre sentenze.

Articolo 462.

Le sentenze pronunziate nei giudizi in contraddittorio sono esecutive due giorni dopo la notificazione.

Articolo 463.

L'esecuzione è sospesa se persona solvente prometta di pagare tra giorni sei la somma e le spese del giudizio.

La cauzione è ricevuta con processo verbale dal cancelliere, ed è esecutiva scaduto il detto termine, senza necessità di notificazione o di precetto, e non può in verun caso sospendersi l'esecuzione

Annotazioni.

Sappiamo il termine dopo il quale si eseguiscono le *sentenze pronunciate in giudizio contraddittorio*. Con ciò siamo richiamati allo stato opposto a quello di contumacia, di cui nulla si dice nel testo.

In tema di contumacia, bisogna seguire le discipline ordinate nella sezione III del capo precedente, anche perchè ci è imposto dal susseguente articolo 464. Noi ci riferiamo interamente alle *Annotazioni* sugli articoli 440, 441, 442. Lasciandosi aperta la via all'opposizione, la sentenza non sarebbe eseguibile che passato il termine per far opposizione. Intorno a ciò vedi l'articolo 476).

SEZIONE IV.

Disposizioni comuni alle sezioni precedenti.

Articolo 464.

Il procedimento davanti i conciliatori, per tutto ciò che non è regolato espressamente da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo precedente, in quanto siano applicabili.

L'istanza però non proseguita è perenta al compiersi di mesi sei dall'ultimo atto

Il conciliatore nell'esercizio delle sue funzioni non può infliggere pena maggiore dell'ammenda di lire cinque.

Annotazioni.

1. V. l'articolo 447, capoverso, e le *Annotazioni* relative.

2 Per casi di ammenda che il conciliatore può infliggere, si ricordano gli art. 41, 243, 239.

TITOLO V.

DEI MEZZI PER IMPUGNARE LE SENTENZE

OSSERVAZIONI GENERALI

« Parlando dei procedimenti giudiziari, fu delineato il quadro di un giudizio in tutte le sue « fasi, e vennero allora indicati i mezzi che il progetto ammette per impugnar le sentenze. « Essi sono l'opposizione, l'appellazione, la revocazione, la opposizione di terzo e il ricorso per « cassazione » (*Relazione* Pisanelli). Anche questa parte rilevantissima del sistema giudiziario viene a ricevere un organamento molto più avanzato. Può disputarsi se l'essersi fatto rientrare in quest'ordine la *opposizione* contro le sentenze contumaciali sia rigorosamente logico, come appare a primo tratto. Certo in linea di metodo la *opposizione* è spostata dalla sua base, che è il processo contumaciale; e questo non è nè naturale nè comodo alle applicazioni pratiche. È pure da osservarsi, che tutti gli altri rimedi di varia efficienza contenuti nella categoria delle impugnazioni, feriscono sentenze nel loro genere perfette e irretrattabili; laddove la sentenza contumaciale racchiude il germe della sua dissoluzione, e si riduce alla non esistenza per un difetto intrinseco, vale a dire per quella condizione di risolubilità che contiene. La riabilitazione dell'istituto che si chiama *opposizione del terzo*, che ha fatto la sua buona prova in altri codici, onora le vedute del legislatore.

Articolo 465.

I mezzi per impugnare le sentenze sono ordinari o straordinari

I mezzi ordinari sono l'opposizione e l'appellazione.

I mezzi straordinari sono la rivocazione, l'opposizione del terzo, e il ricorso per cassazione.

L'accettazione espressa o tacita della sentenza importa rinunzia al diritto di impugnarla.

Annotazioni.

1 Io recherei umilmente fra tanto senno la mia opinione, che vorrebbe bandite le distinzioni di mezzi *ordinari* e di mezzi *straordinari*, se non dal campo delle teoriche, almeno dal Codice, per la imprecisione del concetto significato, per soverchia astrazione, e per gli equivoci che preparano in conseguenza. Tutto ciò che si svolge nell'ampio tramite di una procedura, dev'essere logicamente coordinato e tendere armonicamente al fine, che è la conquista della verità e la giustizia; quindi è difficile concepire lo straordinario (*extra ordinem*). Di fatti, secondo il concetto antico, straordinario dicesi quel *remedium juris* che esorbita, *adversatur juri communi*, e si concede per privilegio, come la *restitutio in integrum*, o ritiene i caratteri di un *jus singulare* ed eccezionale nell'ordine generale del diritto, *contra rationem juris receptum est*. Onde praticamente si deduce la interpretazione restrittiva e contraria ad ogni estensione, *non est producendum ad consequentias*, e si fece tacere in certo modo il principio di diritto per seguire ordinamenti particolari, *in his quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris*.

2 *Dei fatti inducenti o non inducenti accettazione*.

L'accettazione della sentenza partorisce la inappellabilità, fa passare la sentenza in giudicato. « Ad solutionem dilationem petentem « acquievisse sententiæ manifeste probatur, « *sicut cum qui quolibet modo sententiæ acquieverit*, nec enim instaurari finita rerum « judicatarum patitur auctoritas » (Leg. 5 Cod. de re judic.) (1).

a) L'accettazione di un giudicato può esser espressa o tacita, può risultare da una dichiarazione in *una forma qualunque*, o da fatti. Qualche scrittore in un tempo alquanto arretrato, ha stimato che l'accettazione di una sentenza, atto eminentemente pubblico, non potesse provarsi per testimoni (Talandier, num. 88, *Répertoire du journal du palais*, V. *Acquiescement*, num. 195, 196). Egli aveva torto. Non si tratta di provar nulla contro la sentenza: si tratta di provare un atto della volontà, e di una volontà a quella conforme e consenziente.

b) L'accettazione della sentenza, *pura e semplice, non ha d'uopo della contraccettazione dell'altra parte*, perchè il rinunziante all'appello è nel suo diritto.

Se la sentenza contiene parti favorevoli all'avversario, la mia accettazione non lo pregiudica, non lo lega in alcuna maniera; ecco perchè l'accettazione non ha bisogno di essere accettata.

Essendo l'accettazione un atto autonomo della mia volontà, posso emetterla sotto condizioni, per esempio se dentro tre giorni mi avrete pagata la somma promessa, le condizioni dovranno essere rispettate come limite della mia volontà.

c) « *L'acquiescenza implicita può risultare da ogni atto o fatto, dal quale si possa « dedurre con sicurezza il proposito di accettare il giudicato e di rinunziare all'appello* » *Commentario al Codice sardo*, vol. IV, pagina 102.

Il miglior criterio che possa adottarsi è questo: *se i fatti siano inconciliabili* colla volontà d'impugnare la sentenza (cassazione 2 luglio 1859, Bettini, vol. XI, part. I, pag. 617, corte di Torino, 1º aprile 1859, Bettini, vol. XI, part. II, pag. 325). La sola notificazione della

(1) Alla tradizionale parola *acquiescenza* la nuova redazione surroga *accettazione*. È una voce di buon conio, e certo non merita di essere espulsa dal Codice. Nulladimeno in questo caso *accettazione* sembra avere dell'esplicito e dell'espresso più che non bisogni. Nel puro linguaggio del diritto romano si usa *acquiescenza*, come dal testo sopra trascritto. L'*acquiescenza* importa l'*accettazione*, ma non è propriamente accettazione, e sta come la causa all'effetto. *Acquiescenza*, in genere, esprime meglio quell'adesione tacita che risulta dai fatti.

sentenza, generalmente parlando, non induce acquiescenza, come diremo un po' più sotto; ma se oltre questo la parte soccombente fa come atti per la sua esecuzione, senza dubbio sarebbe inconciliabile colla volontà di appellare (cassazione sarda, 9 luglio 1859, Bettini, vol. xi, part. i, p. 618, 23 aprile 1856, Bettini, vol. viii, part. i, pag. 169). Quindi l'acquiescenza è una *questione di fatto* (1).

d) Non vi ha accettazione se non è volontaria e spontanea. La giurisprudenza è costante e volgare in questa materia. Egli è a vedere se l'agente fosse mosso da altro scopo, se operasse sotto la impulsione, non diremo di una vera necessità, ma di un giusto timore di un pericolo e di un danno facendo altrimenti (ciò fu bene espresso nella decisione di cassazione del 13 febbraio 1857, Bettini vol. ix, part. i, pag. 191; e nell'altra 22 giugno 1859, Bettini, vol. xi, part. i, pag. 562). Non si reputa atto volontario il pagamento delle spese sotto la forza di un atto di comando (corte di Torino, 2 luglio 1858, Bettini, vol. x, part. ii, pag. 692), nè il pagamento delle spese dopo sofferto il pignoramento (cassazione 11 dicembre 1857, Bettini vol. ix, part. i, pag. 856).

Sul pagamento delle spese dopo la sentenza di condanna vi è qualche discordia nella giurisprudenza (in senso affermativo, d'acquiescenza, cassazione 7 dicembre 1857, Bettini, vol. ix, part. i, pag. 572, — in senso diverso, cassazione 18 marzo 1854, Bettini, vol. vi, part. i, pag. 126). Il pagamento senza riserva delle spese di una sentenza appellabile esprimerebbe accettazione, se non concorresse qualche circostanza che muovesse a credere il contrario, ma è sempre pericoloso in questa materia il decidere in astratto questioni specifiche.

e) La notificazione della sentenza non è necessaria a costituire il fatto di acquiescenza. Dal momento che esiste, la sentenza è accettabile, la rinunzia dell'appello è possibile. Allorchè l'atto o il fatto *si riferisce a quella in modo evidente* (senza che non potrebbe concepirsi la rinunzia all'appello), se ne presume la cognizione (corte suprema di Napoli, 13 marzo 1851, Albisinni, vol. ix, pag. 275).

f) Quando una sentenza contiene più atti distinti, che vale un complesso di sentenze distinte, *l'accettazione di un capo non include quella dell'altro o degli altri* (corte suprema di Napoli, 30 luglio 1850, *Gazzetta dei Tribunali di Napoli*, pag. 627, cassazione 25 giugno 1859, Bettini, vol. ix, part. i, pag. 410; 21 luglio 1859, vol. xi, p. i, pag. 717).

g) Delle proteste e riserve. In genere la riserva di appellare è di grande efficacia, ed ho veduto quasi sempre i tribunali ravvisarla come utile e salutare manifestazione dell'animo. Tuttavolta in qualche evenienza è così parlante il fatto dell'accettazione, che, il *reservatio contra factum non valet*, ha tutta la sua forza, e la riserva torna inutile.

h) Per regola generale non si ritiene atto di acquiescenza l'atto posteriore alla interposta appellazione o all'interposto ricorso, perchè allora racchiuderebbe un atto di più, *la rinunzia.* Così ebbe a decidere la cassazione di Torino, concorrendo lo pure nella decisione sul ricorso Urbano-Meconi, 11 gennaio 1865.

i) Se la notificazione della sentenza senza riserva valga acquiescenza.

La giurisprudenza è stata oscillante. Una singolare discrepanza si è verificata in questa regione subalpina fra la corte di Torino e la corte suprema. Decise la prima che la notificazione della sentenza senza riserva costituisce acquiescenza, ma la sua decisione venne annullata dalla corte di cassazione (26 febbraio 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, part. i, pag. 147). Tuttavia la corte di Torino non mutò avviso, e lo espresse con maggior vigoria in altra decisione pronunciata non guari dopo, cioè nel 18 maggio 1857 (*Gazzetta dei Tribunali*, part. i, pag. 382), e nel 28 luglio dello stesso anno (*Gazzetta dei giuristi*, pag. 570), *perchè alla notificazione della sentenza non segua contemporaneo l'atto d'appello* (sentenza 4 luglio 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, part. ii, pag. 753). Altre decisioni conformi possono citarsi in altre corti del Piemonte e del napoletano.

La giurisprudenza francese professa lo stesso principio *relativamente all'appello principale*, concorde anche nell'ammettere la facoltà dell'appello incidente (*Repertoire du journal du palais*, v° *Acquiescement*, n. 316, ecc., Bioche,

(1) Per mantenere la proposizione ne' suoi giusti limiti, ecco qui un brano di una decisione della corte suprema di Torino che li determina: « Atteso che, sebbene la questione sulla intenzione sia « una questione di fatto, il cui esame rientra nelle « attribuzioni esclusive della corte d'appello, la « corte di cassazione ha nondimeno il diritto di « esaminare e riconoscere se i fatti ritenuti come « costituenti l'acquiescenza, importino o no, come « conseguenza giuridica, la stessa acquiescenza » (cassazione, 10 gennaio 1853, Bettini, p. i, p. 26).

vº *Acquiescement*, ecc., Talandier, n. 130, ecc.). La quale distinzione era già comune anche nella giurisprudenza italiana.

Con tutto ciò, la questione *se la notificazione della sentenza fatta senza riserva valga accettazione* è ben lontana dall'essere risoluta o la è nel senso negativo. Tal è certamente lo spirito della giurisprudenza della nostra cassazione (10 gennaio 1853, Bettini, vol. v, pag. 21, 24 febbraio 1858, Bettini, vol. x, part. I, pag. 861), e tale è la ragione. La ragione persuade che da questo lato è la verità, il Pisanelli lo ha dimostrato con quell'ampiezza che a me è negata, nel *Commentario*, vol. IV, pag. 112, 113. Io approvo interamente i suoi motivi come le sue conclusioni, voglio che mi bastino questi pochi riflessi — che la notificazione della sentenza non racchiude nè espresso nè implicito un significato di rinunzia all'appello, che ogni rinunzia come atto dannoso a cui l'uomo difficilmente deviene, dev'essere concludentemente provata, che la notificazione della sentenza prova una cosa sola, l'interesse che si ha di continuare il processo, la notificazione mette tanto alla esecuzione quanto all'appello, chi notifica la sentenza può fare di poi l'uno o l'altro, può eseguire la sentenza, e in questo modo l'accetta, può invece appellare, e allora l'impugna, quando non si sa ancora quello che uno voglia fare, si comincierà dal proclamare che egli ha già rinunziato?

I) *L'eccezione di acquiescenza dev'essere opposta, non può elevarsi d'ufficio* (Merlin, quest., vº *Acquiescenza*, § 4, Pisanelli, *Commentario*, vol. IV, pag. 116).

3. *Quando l'accettazione della sentenza non è giuridica nè efficace.*

Diremo poche parole su questo argomento, e non faremo che additare due regole.

1ª *Regola.* Che l'accettazione della sentenza, essendo una vera convenzione, richiede la capacità che a costituire qualunque convenzione valida è necessaria. Quindi il procuratore della lite, il tutore, la donna maritata, ecc., devono essere legalmente autorizzati,

2ª Che la sentenza decidente *su le materie non suscettibili di convenzione*, non si conferma mediante accettazione, in altri termini, la rinuncia all'appello non obbliga il rinunciante.

Ma giova riportare questo brano del Chauveau: « L'acquiescement à des jugements rendus sur de pareilles matières serait nul et sans valeur, comme tout contrat par lequel il serait dérogé aux lois d'ordre public, ou qui serait fondé sur toute autre cause illicite: ainsi l'on ne pourrait valablement acquiescer à un jugement rendu sur une question d'incompétence, *ratione materiae*, ou à celui qui prononcerait la nullité d'un mariage, ce prétendu acquiescement n'empêcherait pas que la partie qui l'aurait donné fût recevable à interjeter appel » (art. 444 del Codice di procedura francese). La dottrina è pure insegnata dal Pigeau, Merlin, Talandier, Favard de Langlade, e da Pisanelli nel *Commentario*, ecc.

Ognuno troverà molto semplice che l'appello possa sostenersi, malgrado l'acquiescenza, in materia d'*incompetenza assoluta*, il giudice, investito di giurisdizione dall'appello, pronuncierebbe d'ufficio. Rispetto alle altre materie, possono farsi due obbiezioni: 1ª Che l'art. 465 è generale, e non esclude veruna sentenza capace di appello, 2ª Che è sempre in facoltà della parte soccombente eludere il preteso divieto, non interponendo o lasciando cadere in deserzione l'appello.

La prima obbiezione è assai grave, tanto più grave che la teoria francese era piuttosto un portato logico che legislativo, non esistendo alcuna espressa e generale disposizione di diritto, e noi siamo regolati da una stessa legge. Aggiungasi il silenzio pressochè intero della nostra giurisprudenza su questo argomento. Nondimeno, osservato che ove il Codice non immuta lo stato della scienza con determinazioni espresse, si dee ritenere averlo rispettato, e poichè quella dottrina, e per la moralità da cui è ispirata e per la sua rispondenza coi principii fondamentali della legislazione (articolo 1116), è solidamente stabilita, non può stimarsi omai colpita di riprovazione dal legislatore della procedura. Non saremo noi che vorremo bandirla dal fòro, ma è ben d'uopo limitarla *a quei subbietti che sono strettamente d'ordine pubblico*, e che qui non posso descrivere.

La seconda obbiezione, più speciosa e insieme più volgare, proverebbe troppo. In quanti casi non è lecito rinunciare all'appello, e tuttavia si può ometterlo e produrre lo stesso effetto! Il ministero pubblico non può rinunciare all'appello nelle cause penali, ma potrà anche non interporlo: *in committendo praejudicat non in committendo*. La convenzione ha qualche maggior effetto perchè coarta e annodisce e rende inutili i termini accordati dalla legge. Ma la ragione più sicura dovrebb'esser questa, che la *inviolabilità di un principio si offende da una convenzione contraria*, *mentre gli atti negativi sono facoltativi* e non offendono veruna principio. L'appello è facoltativo.

generalmente parlando, e chi non usa di un diritto non viola il diritto.

4. « *La esecuzione anche volontaria dei provvedimenti di mera istruttoria* non reca pregiudizio al diritto ed alle ragioni di chi voglia appellare da una sentenza posteriore » (art. 533 del Codice sardo del 1859) Questa norma rimane come un principio della scienza e non occorreva ripeterlo.

5. *Dell'acquiescenza del garantito.*

Se pregiudichi al garante e gli tolga la facoltà di appellare è questione seria. Per l'affermativa è riflessibile che il convenuto non ha diretti e propri rapporti che coll'attore. Se l'attore rinunzia all'appello, come non dovrebbe il convenuto esser pago e tranquillo sull'esito del giudicato? Ma primieramente sta in contrario la potente autorità del diritto romano: *Igitur et venditoris fidejussor appellabit, licet emptor et venditor acquiescant* (Leg. 5 Dig. de appellat.). È pure in questo senso la giurisprudenza (Dalloz, *Rec.*, 1849, pag. 169, Merlin, quest. 5, vº *Acquiescement*, § 22); e possono vedersi nella raccolta del Bettini non poche delle nostre decisioni.

6. *L'acquiescenza di uno dei debitori in obbligazione indivisibile e solidale* non pregiudica ai coobbligati, sebbene il fatto utile giovi a tutti loro; il rinunziante però nuoce a se stesso.

Articolo 466.

I termini per impugnare una sentenza sono perentori; la decadenza ha luogo di diritto, e deve pronunziarsi anche d'uffizio

Annotazioni.

1. Richiamo l'articolo 46. La legge ha voluto farne una speciale e quindi tanto più energica applicazione

2. La presente redazione ha lasciato fuori la riserva solita degli altri codici *salvo alla parte il regresso contro chi di ragione*. È infatti una superfluità e quasi transito a idee d'ordine diverso. Esiste nel diritto; non è mestieri di riserva.

3. **Questione.** — *Se la prosecuzione della causa in merito sani il difetto della decadenza già incorsa* (dall'avversario), *nella ipotesi che l'appello sia stato interposto, ma fuori del termine*

La sentenza affermativa conta fra gli scrittori francesi degli ardenti propugnatori; e tutti avanza il Chauveau. Egli ha consacrate più dissertazioni a combattere il Carré, fautore della contraria quest. 739, 6 § 4, nº 2, 3, num. 1593, 1612) Egli dice che se la eccezione della cosa giudicata non sorgesse che dallo sparire di un termine di opposizione o di appello, quegli, a cui beneficio è indotto, può rinunziarvi; come si rinunzia alla prescrizione (conforme l'articolo 2112 del nostro Codice civile), non essendo infine che una eccezione della stessa natura. La corte di Torino avendo pronunciato (6 luglio 1808), trattarsi *d'incompetenza assoluta*, opponibile quindi in ogni stato di causa, il Carré si fece forte di questo postulato, scorgendovi una eccezione d'ordine pubblico sulle luminose vestigie di Merlin (*Question du droit*, vº *Appel*, § 9) autorità che di poi venne a mancargli, come avverte il Chauveau. Imperocchè il Merlin nel tomo x delle *Addictions* dichiara che nel tempo di quelle sue conclusioni non era ancora emanato l'articolo 2223 del Codice Napoleone sulla prescrizione. Nega recisamente il Chauveau al giudice la facoltà di dichiarare d'ufficio la decadenza dell'appello. Egli non intende donde possa il giudice ricavare con sicurezza i dati di fatto che gli sono necessari. Il dotto e infaticabile scrittore si trova alle prese con altri valorosi, Boitard, Pigeau, Poncet, Dalloz; ma stanno con lui Toullier (tom. x, num. 74), Talandier, Bioche (vº *Exception*, num. 187), Rodier, Favard de Langlade ed altri La cassazione francese oscillò fra contrarie sentenze; nel 1850 decise che si *tratta della contenza della giurisdizione*, che in effetto la corte mancava di giurisdizione, non essendo stata regolarmente investita dopo il decorso dei termini per appellare, altrove, che *la questione è di diritto pubblico* e sfugge alla volontà delle parti. Mostrò che *le decadenze non possono uguagliarsi alla prescrizione* le prime *essere ingiunzioni della legge per regolare il modo di esercitare le azioni ed il tempo in cui devono essere esercitate, essere stabilite di una maniera assoluta, perchè non tolgono nessun diritto acquistato, e le facoltà che ritirano sono concessioni della legge, delle quali si perde il vantaggio a profitto dell'interesse pubblico se non se ne sia usato nel termine legale* (2 aprile 1850). Si citano il poi altre decisioni conformi Dalloz, *Rec.*, anno 1853). Nella collezione del Bettini si troveranno alcune decisioni piemontesi corrispondenti.

Ma noi facciamo queste osservazioni a sem,

plice memoria; essendo oggi così generale e decisiva la disposizione dell'articolo 466 che non lascia luogo al menomo dubbio. E si manifesta anche di più ponendosi a confronto coll'articolo 189. Si può decadere dal diritto dell'appello per altri motivi: *per non essersi fatto il deposito della sentenza, degli atti del primo giudizio e del mandato* nel termine stabilito. Tuttavia tale decadenza non è pronunciata *se non sulla domanda dell'appellato comparso nel termine della citazione*. È quindi una irregolarità che può essere coperta dal silenzio. Ma la decadenza che nasce dal trascorrimento dei termini ad interporre qualunque sia *il mezzo d'impugnazione* contro la sentenza *è di diritto e si pronunzia anche d'ufficio*. L'autorità giudiziaria avanti la quale è portata la causa, *manca di giurisdizione*. Suppongasi che sia stato trattato e deciso il merito della controversia, e la eccezione sia portata soltanto in cassazione.

Ebbene la sentenza è annullata *per causa d'incompetenza d'ordine pubblico ed assoluta*, annullata senza rinvio. Questa è una delle ipotesi. Altra ipotesi anche più estrema, che la parte ricorrente non accenni la nullità. L'appellazione era stata interposta dopo la scadenza del termine. Il pubblico ministero *dovrà* investigare l'obbiato difetto, e scopertolo, *dovrà* denunziarlo alla cassazione che *d'ufficio* annulla la sentenza senza rinvio, e la male appellata sentenza rimane in tutto il suo vigore.

Dal quale principio, che noi consideriamo d'ordine pubblico, discende: 1° che il termine dell'appello non può prorogarsi per consenso delle parti, nè l'appellato può accettare nemmeno espressamente il giudizio d'appello e così dicasi di rivocazione, per la semplice ragione, che non è in facoltà delle parti di investire il giudice di una giurisdizione che gli è negata dalla legge; 2° che la eccezione, qualora il difetto non fosse già apparso agli occhi del giudice, può essere addotta in qualunque stato della causa e malgrado qualunque difesa; 3° che non addotta e sfuggita alla veggenza del giudice può essere proposta sotto forma di ricorso in cassazione, come di sopra osservai.

Una discussione nondimeno può elevarsi, ma il giudice d'appello o di rivocazione deve limitarla alla questione che riguarda il fatto del trascorrimento del termine, che può involvere l'esame della eseguita notificazione della sentenza dalla quale il corso del termine comincia, può involvere il diritto del termine la cui durata dipende dalla qualità del potere giudicante se, per es., la causa decisa da un tribunale che, in surrogato di un tribunale di commercio poteva conoscerne, non fosse causa di commercio. Tutto ciò appartiene al giudice d'appello che rigettando la eccezione, afferma la propria competenza.

Articolo 467.

Il termine decorre dalla notificazione della sentenza, salvo le disposizioni speciali della legge.

Il termine per l'opposizione e quello per l'appellazione decorrono simultaneamente.

Annotazioni.

1 Il termine per appellare decorre anche contro la parte che fece notificare la sentenza. Il principio è stabilito nell'art. 45. Il termine *decorre dalla notificazione*. Ammesso che l'appello può proporsi benchè la sentenza non sia stata notificata, come ritenni nella 2ª edizione, recedendo dalla mia prima opinione dopo i conformi avvisi della giurisprudenza, ad ogni modo soltanto dopo la notificazione s'incorre la decadenza per passaggio di termine.

Salvo le speciali disposizioni della legge. (V. articolo 437.)

2 Il secondo capoverso dell'articolo conserva la disposizione (articolo 251, Codice del 1859). È noto che, secondo il Codice e la giurisprudenza francese, i termini decorrono *successivamente*. Trascorso il termine per fare opposizione alla sentenza contumaciale, ivi un nuovo periodo comincia utile ad interporre appello. Per noi è dato al contumace un solo termine per decidersi a fare opposizione o appellare; e nell'articolo 481 è stabilito *che l'appello dalle sentenze contumaciali importa rinunzia al diritto di fare opposizione*.

Come avviene codesta confusione di termini? Supponiamo una sentenza pronunciata da un pretore, e il termine ad appellare di giorni 30. Se il contumace non approfitta di quello assegnato nell'articolo 474 per fare opposizione, volendo appellare, non può aggiungere quel termine che ha lasciato trascorrere, a questo dei 30 giorni, ma questo unico termine gli compete. È chiaro che se nel termine dell'articolo 474 avrà promossa la opposizione, dopo la nuova sentenza ha il termine intero dei 30 giorni per appellarne.

Articolo 468.

Il termine rimane sospeso per la morte della parte soccombente.

Esso non riprende il suo corso che dopo la notificazione della sentenza fatta agli eredi personalmente. La notificazione entro l'anno dalla morte della parte può farsi collettivamente agli eredi, senza designazione di nomi e di qualità, all'ultimo domicilio o residenza che aveva il defunto.

Se il termine che rimane a decorrere dopo la detta notificazione sia minore della metà del termine intiero, esso è prorogato sino a questa metà.

Annotazioni

1. Il termine dell'appello rimane sospeso *di diritto* alla morte del soccombente, e quindi non è richiesto atto di notificazione della morte.

Questa umana disposizione ripete la sua origine dalla celebre ordinanza del 1667, che abbondava però nel concedere un lasso di sei mesi agli eredi, termine che decorreva da un intimo ad appellare, e questo non poteva farsi che spirati i termini a deliberare e far inventario. Il Codice civile francese pose in principio: « I titoli esecutivi contro il defunto « sono pure esecutivi contro la persona del- « l'erede; non potranno ciò nondimeno i cre- « ditori procedere alla esecuzione se non otto « giorni dopo aver fatto la intimazione di que- « sti titoli alla persona o al domicilio dell'e- « rede » (articolo 877). L'articolo 447 del Codice di procedura civile si accostò all'Ordinanza del 1667, dove voleva rispettati negli eredi i termini ordinari della deliberazione e dell'inventario.

Le difficoltà che il possessore del titolo esecutivo avrebbe dovuto subire per esattamente indicare i nomi e qualità degli eredi, segnatamente in tempo prossimo alla morte del debitore, hanno consigliato la disposizione che occupa il secondo capoverso del nostro articolo. Troncandosi *di diritto*, come noi crediamo dover aggiungere, il corso del termine dell'appellazione, la notificazione è facoltativa al possessore del titolo *quoad tempus*. *Se ciò avviene entro l'anno della morte*, egli ha il duplice vantaggio di valersi del noto ed unico domicilio del defunto, e di assegnare nell'unico atto la persona morale dell'eredità, senza l'incomodo, la difficoltà e la spesa delle singole notificazioni (che dovrebbe assumere passato l'anno). Questa saggia disposizione è di origine tutta francese, noi abbiamo meglio regolati i termini. Abbiamo lasciato integra agli eredi la metà dei trenta o dei sessanta giorni se per avventura oltre la metà del tempo fosse trascorsa.

2. *Del termine a deliberare* oggi non si parla più. Sino all'ultima procedura (art. 338) era stato tenuto in conto, e ne troviamo di fatti in quell'articolo la più precisa menzione.

Tale omissione indica una ben rilevante innovazione nel sistema.

Dovrebbe forse cercarsene la causa in un mutamento avvenuto nelle sfere superiori del Codice civile? Parmi di aver notato altrove che nella legislazione dell'eredità beneficiata l'articolo 964 capoverso, è una novità importante, un dettato pieno di civile prudenza. Per esso è reso in certo modo operativo quel periodo d'inerzia che i creditori dell'eredità erano costretti a subire mentre l'erede sta deliberando.

L'antichissimo precetto (1) sospendeva, in verità con poca giustizia, le azioni dei creditori perchè il deliberante non era ancora erede e la eredità mancava di rappresentante legittimo. Questa tradizione fu religiosamente osservata sino ad oggi (art. 1018 del Codice civile albertino). L'art. 964 apre un nuovo orizzonte: il deliberante, *quale curatore di diritto della eredità*, può essere vocato in giudizio, risponde ai creditori della eredità, non più tenuti a rimanersi oziosi spettatori delle sue operazioni cautatorie, spesso non senza frode tirate in lungo. Al nuovo ordinamento legislativo corrisponde il nostro articolo 468. L'erede deliberante nella qualità di curatore, può interporre l'appello, senz'autorizzazione, lo

(1) « Donec tamen inventarium conscribitur, vel « si res praesto sunt, intra tres menses, vel si ab- « fuerint intra annum [illegible] « [illegible] *nulla vel heredi ... creditoribus,* « neque *legatariis vel fideicommissariis* eos vel inquie- « tare vel *ad judicium vocare*, vel res hereditarias « quasi ex hypothecarum auct[illegible] » Leg. [illegible], Cod. de jure delib., § 11.

erede; ma certamente con essa, che trattandosi di atto conservativo otterrà facilmente dall'autorità giudiziaria (art. 985 del Codice civile)

Della eredità giacente.

Il possessore del titolo esecutivo, agendo per la notifica *entro l'anno*, non ha d'uopo di ricercare se vi sia un erede e quale sia. Dopo l'anno, addossata a lui la prova della regolarità della notifica, dovrebbe far deputare il *curatore alla eredità giacente*, giusta gli articoli 980 e 981 del Codice suddetto.

Articolo 469.

Quando le parti che abbiano interesse ad opporsi alla domanda di riforma o annullamento di una sentenza siano più, la domanda si deve proporre contro tutte.

Se la domanda siasi proposta contro alcune soltanto delle parti interessate ad opporsi, il giudizio si deve integrare coll'intervento delle altre, salvo che, trattandosi di cosa divisibile, quegli che propone la domanda dichiari di accettare la sentenza riguardo a queste.

L'integrazione del giudizio può aver luogo anche dopo la scadenza del termine stabilito per proporre la domanda di riforma o di annullamento.

Annotazioni

Anche questo articolo presenta una novità assai meritevole di esame.

Non occorre avvertire che le enunciazioni di questa parte del titolo V hanno una certa generalità, mentre non si limitano a disporre dei modi dell'appellazione e abbracciano anche l'opposizione, e la rivocazione.

Il secondo capoverso dell'articolo 542 del Codice sardo si esprimeva così: « Quando trattasi di azione individua, l'appello dovrà essere proposto, sotto pena di decadenza, *contro tutti coloro che intervennero nel primo giudizio e che hanno interesse nell'opporsi alla riparazione della sentenza* ». Nello stesso articolo 542 erasi compresa anche l'altra questione dell'effetto utile che l'appello di una parte potrebbe a favore di altre parti produrre.

Il grave tema, che evidentemente contempla due aspetti opposti colle analoghe conseguenze, viene ora logicamente distribuito in questo e nei due articoli seguenti.

Ora parliamo di un interesse *che sia in opposizione* con quello dell'appellante.

All'appellante non è imposto per assoluto l'obbligo di citare in appello tutti quelli che sono compresi nella sentenza. Ciò risulta primamente dall'esame dell'articolo 469. Fra i compresi possono esservi di quelli che visibilmente non hanno interesse, o perchè non l'abbiano mai avuto, o abbiano cessato di averlo. Al postutto spetta all'appellante calcolare i propri vantaggi e assicurare le conseguenze della sua vittoria in appello. Coloro che non furono citati, hanno in loro favore la cosa giudicata: s'intende che quanto ad essi l'appellante abbia accettata la sentenza.

E questo appare tosto alla mente ove si tratti di *oggetti divisibili*, e niuno inconveniente è per conseguirne. Tizio fu condannato a pagare tremila lire a tre creditori, non solidali, che stavano in giudizio, non invitando nel giudizio di appello che due di essi, accetta la sentenza, che diviene tosto eseguibile rispetto all'altro.

La gravità dell'argomento si mostra nelle controversie per natura o per legge *indivisibili* (e dicasi estandio delle obbligazioni solidali) (1): e di questo appunto si occupò il citato art. 542, che fulminò la decadenza verificandosi il difetto che prese in mira.

Il contesto di tutte le persone che hanno interesse, sì dall'antico che dal novello Codice, è ugualmente ritenuto necessario al retto e compiuto esaurimento del giudizio. Il punto di vista cangia in ciò che altri codici ne fanno un carico inesorabile all'appellante, il presente, più temperato ad equità, è contento alla intervenzione dei non chiamati, e il testo usa questa frase, non consueta nei codici di procedura, *il giudizio si deve integrare coll'intervento delle altre* (parti).

La omissione in *questioni individue* si reputa

(1) Malgrado l'opinione di Talandier, che trova tra l'una e l'altra indivisibilità delle differenze, e ci sono (*Traité de l'appel*); ma in questo caso sono identici gli effetti giuridici.

inavvertenza, *errore*, contrarie alla volontà dell'appellante, perchè egli già vedeva e sapeva che l'accettazione parziale in tale condizione di cose non era possibile, si crea una presunzione apposta per favorirlo, per non condannarlo alla decadenza nel dubbio di volontà e di errore, che sarebbe crudeltà senza scopo, laddove può ripiegarsi alla omissione mediante l'intervento. Tale è il pensiero dell'egregio autore del progetto (relazione Pisanelli).

Il pericolo che questa legge ha in vista di prevenire, non è grave per avventura quanto si crede. L'appellante non si occupa certamente d'*interessati* che non siano stati compresi nel primo giudizio, e non è difficile per lui il vedere quali siano, egli eviterà ogni questione di decadenza citandoli tutti quanti, nondimeno deve sempre applaudirsi a quella legge che si studia di ovviare alle nullità.

La necessità di chiamare in giudizio tutti gli interessati *nelle questioni individue* è per sè manifesta, poichè una di queste cose, ugualmente assurde, sarebbe inevitabile. O l'effetto del giudicato deve scindersi e aversi come non pronunciato rispetto ai non chiamati, e ciò è ripugnante nella ipotesi della individuità (1), ovvero non si vuole e non si deve scindere, si sarebbero di quelli tenuti a rispettare il giudizio senza essere stati chiamati, senza aversi potuto difendere.

2. *Della forma dell'intervento.*

L'*intervento* di cui qui si parla è senza dubbio l'*intervento passivo e necessario*, e rientra nella disposizione dell'articolo 203, salve le modificazioni portate dalla speciale qualità di questo intervento. Esso non ha carattere d'incidente (articolo 204). La frase del testo è ben espressiva; *esso integra il giudizio*, completa la domanda dell'attore, è un sussidio impartitogli dalla equità della legge: è una cosa *sui generis*. Ma che vuol significare l'ultimo capoverso dell'articolo? È un nuovo favore che si accorda all'appellante in ordine al tempo. Parmi che trattandosi appunto di un favore largamente interpretabile, non solo l'*integrazione possa aver luogo* con atto posteriore alla citazione d'appello e allo stesso termine per appellare (supposto che nel termine della citazione scada il tempo dell'appellazione), ma eziandio dopo la scadenza della stessa citazione.

Non bisogna dimenticare che la forma dell'appellazione dettata in questo titolo e nel successivo capo II comprende anche quella avanti i giudici inferiori, e un limite converrà bene assegnare a simile facoltà dell'appellante.

A due cose si deve por mente: 1° a non angustiare la difesa dei nuovi chiamati, 2° a non prolungare la causa oltre la sua propria natura, o con danno delle parti presenti.

L'articolo 469 si presenta quale ampliativo di termine, ma sembra eziandio accennare un certo limite, *se la integrazione del giudizio può aver luogo anche dopo la scadenza del termine per proporre*, ecc. Si travede che non può esser permessa una incongrua estensione. È ragionevole seguire l'analogia dell'art. 201 che in procedimento ordinario si debba provocare l'intervento *prima che la iscrizione sia rimasta ferma al ruolo*, e in sommario, prima della udienza, o alla stessa udienza.

3. *Persona* è anche quella la cui presenza compie la capacità giudiziaria di un'altra, dato che questa persona rappresentativa fosse già in giudizio. Perciò fu ritenuto conforme all'articolo 469 il chiamarsi in giudizio di appello il curatore dell'inabilitato la cui citazione era stata omessa (corte di Firenze, 3 agosto 1871, *Annali*, vol. V, 2, 257). Se il curatore non fosse stato citato nel giudizio di prima istanza, questo sarebbe nullo. La *integrazione* è un rimedio sussidiario che suppone la presenza della parte interessata (o necessaria per compiere la personalità dell'interessato), altrimenti potrebbe farsi luogo ad un *intervento* propriamente detto nei casi permessi, e non alla integrazione.

4. La integrazione del giudizio è una necessità (e quindi la legge dice *si deve*) nel senso che chi manca a questo dovere, fa un giudizio nullo, e la sua istanza può essere respinta, e l'appello nei casi individui può venire rigettato. È chiaro che se taluno, accingendosi alla reintegrazione, fa un atto nullo, una citazione a tutt'altri notificata che a quelli che dovrebbero venire in giudizio, non adempirebbe al voto della legge. Ma venne ritenuto con ragione che se coll'animo di chiamare nel giudizio d'appello la parte interessata, si fece una citazione nulla, può medicarsi l'errore colla integrazione ai termini di questa legge (cassazione di Napoli, 14 maggio 1868, *Annali*, anno suddetto, I, 169).

5. Questo rimedio si è anche applicato in cassazione.

Havvi però di rimarchevole che è sempre

(1) Una servitù reale esiste o non esiste: non può esistere in parte. Nei fatti solidali la condanna colpisce indistintamente i coobbligati.

d'uopo che il giudizio o di appello o di cassazione sia stato radicato regolarmente affinchè si possa sostenere mediante la *integrazione*. Se i termini perentori a proporre l'appello o il ricorso fossero passati, non potrebbe più parlarsi d'integrazione. La corte suprema di Torino nel 10 dicembre 1868 tenne fermo un ricorso male notificato ad un'amministrazione demaniale, ordinando l'intervento di questa, poichè ad altra amministrazione era stata bene notificata nel termine prescritto (*Annali*, 1869, I, 380).

Articolo 470.

La domanda di riforma o di annullamento proposta da una delle parti interessate ad impugnare la sentenza, giova alle altre per i capi nei quali hanno interesse comune, purchè intervengano nel giudizio, e facciano adesione nei modi e nei termini stabiliti in appresso.

Articolo 471.

La riforma o l'annullamento di una sentenza giova a quelli che l'hanno domandato.

Giova anche a coloro:

1° Che hanno un interesse dipendente essenzialmente da quello della persona che ottenne la riforma o l'annullamento;

2° Che in una controversia su di cosa indivisibile sono stati attori o convenuti colla persona che ottenne la riforma o l'annullamento;

3° Che con la sentenza riformata o annullata sono stati condannati in solido con la persona che ottenne la riforma o l'annullamento.

Essi però non possono valersi della riforma o dell'annullamento nei casi indicati ai numeri 2 e 3, se l'una o l'altro sia stato pronunziato per motivi esclusivamente proprii della persona che ha proposto la domanda.

Annotazioni

Saranno materia di un solo esame i due articoli che hanno fra loro la più stretta attinenza.

1. L'appello può nuocere e giovare. Il primo effetto è preveduto, è voluto; si vuol colpire con una sconfitta decisiva l'avversario vittorioso, egli deve perdere tutti i vantaggi acquistati colla prima sentenza. Si è veduto all'articolo precedente che non si può nuocere in tal guisa a veruno che non sia chiamato in giudizio.

Ciò è elementare. Sotto l'aspetto dell'utile che altri possono trarre dagli atti miei, si distingue il profitto che può nascere *dallo stesso atto di appellazione*, da quello che può nascere *dal giudicato favorevole* che io sarò per ottenere. E questo è pure il subbietto distinto dei due articoli.

Potrebbe apparire una certa confusione, che però non esiste in realtà, intorno al loro intendimento effettivo. L'articolo 470 favella di *parti interessate*; e anche il 471 passa in rassegna gli interessi comuni, gli interessi conseguenti e dipendenti da un giudicato favorevole: ebbene, nella larga espressione usata nell'articolo 470 tutti codesti interessati non sono forse compresi? Si risponderà che lo sono; e di fatti la espressione *parti interessate* è capace di comprendere qualsivoglia interesse. Allora si soggiungerà: che bisogno ci sarebbe di *un appello adesivo*, se chiaramente si raccoglie dall'articolo 471 che il giudicato favorevole profitta a quelli che si trovano nelle condizioni ivi descritte, avvegnachè non abbiano punto aderito, e non siano concorsi nel giudizio d'appello?

La risposta è facile. Chi ha un interesse nell'affare, conforme a quello dell'appellante ha pure l'interesse, o almeno può stimare di averlo, a coadiuvare la difesa, il che non può fare che presentandosi nel giudizio d'appello. Valutando appunto questo interesse, la legge gli concede di giovarsi dell'appello interposto da un altro, onde riceve due vantaggi: 1° di non ripetere l'atto d'appello economizzando nel tempo e nella spesa; 2° di non esser pre-

giudicato dal tempo che intanto fosse trascorso per appellare. Se non aderisce all'appello, non viene però privato delle utili conseguenze che gli sono garantite dall'articolo 471, ottiene conseguenze che avrà nondimeno maggiore probabilità di ottenere cooperando colla sua difesa al buon esito della causa.

Ma si deve riflettere, che questo discorso non si estende a tutte genericamente le parti che hanno un interesse conforme nella causa. Ond'è necessario distinguere *quell'interesse che dà diritto a giovarsi dell'appello* da quello *per cui si partecipano i vantaggi e i guadagni della vittoria*. Al primo effetto è sufficiente una *relazione d'interesse coll'appellante*, più debole e meno essenziale, la quale perciò non basterebbe all'altro effetto dichiarato dall'articolo 471. Darò un esempio. Tizio e Caio, coeredi indivisi, hanno domandato cento, credito ch'essi ritengono dovuto alla comune eredità. Perdono la causa. Tizio appella, Caio può intervenire con appello adesivo (1). Se non concorre all'appello non potrà giovarsi della vittoria che sarà riportata dal coerede, non avverandosi le condizioni dell'articolo 471. Pensandoci un poco sarà facile rimanerne convinti.

Portiamoci più oltre con un altro esempio molto comune ed atto a sparger luce sulla stessa teorica. Noi supponiamo ora dei *creditori solidali*. Soccombenti, alcuni appellano e altri no. Gli appellanti vincono la causa, e si domanda se la loro vittoria giovi ai creditori non appellanti. No, non giova, sebbene fuori di dubbio potessero aderire all'appello. Nasce quindi una evidente distinzione, tra la *solidarietà attiva e passiva*. In faccia alla solidarietà passiva, come ora diremo, il giudicato favorevole giova a tutti i debitori. E la ragione è questa, che in ultima analisi *si viene formando un tale stato di cose che non può sussistere senza unità di effetto*; è assurdo che alcuni siano debitori ed altri non lo siano trattandosi di debito unico, di un solido; ma non è assurdo che il creditore solidale rinunzi alla sua quota di credito, e per conseguente si diminuisca la totalità del debito; e in realtà l'accettazione della sentenza che si deduce dal non aver posto appello, equivale alla rinunzia.

In una parola *cotesti creditori o aventi interesse rientrano sotto il dominio del principio generale* — che le sentenze non giovano e non nociono che a quelli che sono in causa. —

2. Ora parleremo più espressamente dell'articolo 471.

La redazione di questo testo ha richiamato le più solerti cure del legislatore: a persuadersene, basta farne il confronto coll'art. 512 capoverso ultimo del Codice sardo.

La *prima ipotesi* concerne gl'interessi che non dipendono in un *modo qualunque* da quello che è uscito trionfante nel secondo giudizio, *ma la loro dipendenza è essenziale* ed è conseguenza necessaria e dominante del principio di contraddizione. Come la vittoria del garantito non *potrebbe* giovare al garante; come non *dovrebbe* giovare? La cassazione francese decise questo punto anche *a favore del possessore solidale* che non aveva interposto appello regolare (7 dicembre 1852, Dalloz, *Recueil*, 1853, I. 135), e di tutti milita la stessa ragione. Altre decisioni in casi consimili nel Dalloz, *App. civ.*, num. 539 e 540 (corte di Genova, 23 novembre 1850, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. II, part. II, pag. 527; cassazione di Torino, 12 maggio 1851, ricorso Canzo-Sanguinetti, quantunque il garante si fosse acquietato alla sentenza. *Gazzetta dei tribunali*, anno 1851, pag. 494).

Seconda ipotesi. Più volte si è discorso della *indivisibilità* e della necessità logica che c'impone di conservarla anche nei suoi effetti. « Ove di due figli convenuti, un solo abbia appellato dalla sentenza che dichiarava la loro comune genitrice adultera, e perciò incapace di succedere, chi negherà che la vittoria conseguita dall'appellante debba tornare pure proficua al fratello di lui? È legalmente impossibile che la medesima persona abbia uno stato vario e molteplice, e le controversie che concernono lo stato famigliare si dibattono nell'interesse di tutti i membri della famiglia » (Pisanelli, *Commentario*, vol. IV, pag. 153).

Qualche volta l'esame della indivisibilità si è portato obbiettivamente sul modo di esecuzione di una data operazione giudiziaria, e si è dovuto accettare lo stesso principio. Fu deciso dalla corte di Genova (7 giugno 1851) che l'appello prodotto da un coerede contro una sentenza *che statuiva intorno al modo col quale si dovesse operare la divisione dei beni ereditari*, giovava eziandio agli altri coeredi non appellanti, non potendosi eseguire la divisione che in un modo solo (*Collezione* Gervasoni, 1851, pag. 197).

La legge di procedura contempla il determinato soggetto di una sentenza utile al non

(1) Mi riservo di esporre la nozione dell'appello adesivo discorrendo dell'articolo 486.

appellanti, e dichiara quando possono giovarsene. Questa legge non avrebbe applicazione fuori della sfera dell'istituto giudizio da ciò la ragione della clausola, *se furono attori o convenuti nello stesso giudizio*. Si è voluto con ciò fermare il limite legale dell'applicazione, perchè non è della procedura diffondersi in quelle più elevate regioni del diritto in cui potrà disputarsi se altri in materia indivisibile possa giovarsi della sentenza emanata in un giudizio di cui egli non fece parte, e opporre a chi muovesse pretesa contro di lui una eccezione *di cosa giudicata*. Vi sono delle decisioni *pregiudiziali quoad omnes*, quelle per esempio che riguardano lo stato della persona (siccome nell'esempio poc'anzi dedotto si fece manifesto), la esistenza e qualità delle sostituzioni, ecc. Il legislatore della procedura ha mostrato di voler restringersi nel suo tema, acciocchè non sia data alla disposizione una portata che non le può convenire.

Terza ipotesi. La sentenza ha ritenuta la *divisibilità del debito*. La solidarietà (senza risalire al titolo, senza vedere se fosse bene o male apprezzato, la solidarietà costituita dalla sentenza basta a identificare in certo modo l'interesse dei condannati, che perciò sono ammessi a godere i vantaggi di questo articolo. Anche qui la legge ha cura di limitare il campo della propria azione a coloro che furono in giudizio *condannati in solido colla persona che ottenne la riforma o l'annullamento* senza pregiudicare alle altre questioni che darebbero o no la eccezione della cosa giudicata a favore di altri debitori solidali che non avessero fatto parte del giudizio.

La sentenza d'appello potrebbe soltanto *riformare* quella di prima istanza, non cadendo questione per esempio che sulla qualità del debito, e dichiarare i debitori semplici e non solidali. La conseguenza non sarebbe diversa quanto all'applicazione di questa legge

3. *Motivo personale a chi propose la domanda* sarebbe la sua minorità al tempo del contratto, la nullità della sua obbligazione. Rapporto al n° 5, la eccezione personale non viene in considerazione; poichè si tratta *di una obbligazione conseguente, la cui esistenza è divenuta impossibile*, mancato, *per una ragione qualunque*, il suo fondamento, o, se così vuol dirsi, la sua condizione essenziale, che consisteva nella obbligazione principale di cui è stata giudicata la inesistenza.

Articolo 472.

Quando la causa sia rinviata davanti l'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza impugnata, sta ferma la rappresentanza dei procuratori già costituiti, salvo che la citazione debba essere rinnovata a termini degli articoli 333, 334, e sta pur ferma l'elezione del domicilio, o la dichiarazione del domicilio o della residenza fatta per le notificazioni.

Se il giudizio debba proseguire in via sommaria, la sentenza di rinvio stabilisce l'udienza in cui le parti devono comparire davanti l'autorità giudiziaria inferiore.

Annotazioni.

Il rinvio alla prima autorità giudiziaria è contemplato nell'articolo 492.

La legge suppone che il cangiamento di stato, o la cessazione dell'ufficio procuratorio siansi verificati in pendenza del giudizio di appello e ivi non abbiano avuto luogo le pratiche prescritte dai citati articoli 333 e 334.

Il capoverso ripete la disposizione altra volta censurata, che si mostra ibrida e impraticabile.

Articolo 473.

Non è necessario alcuno dei mezzi indicati nell'articolo 465 per far emendare nelle sentenze omissioni o errori che non ne producano la nullità a termini dell'articolo 361, nè per aggiungere alcuna delle conclusioni che, presa dalle parti, non sia stata riferita, ma risulti dai motivi che col dispositivo vi si è provveduto, nè per correggere, anche nella parte dispositiva, un errore di calcolo.

Queste correzioni, se le parti siano d'accordo, sono proposte con ricorso, sottoscritto da esse o dai loro procuratori, e ordinate dall'autorità giudiziaria con

decreto, il cui originale si conserva nei registri della cancelleria. Nelle cause indicate nell'articolo 133 le correzioni possono proporsi oralmente. L'autorità giudiziaria ne fa risultare con processo verbale sottoscritto anche dalle parti.

In caso di dissenso le correzioni sono proposte, con comparsa davanti i tribunali civili e le corti d'appello, che provvedono nel modo stabilito per gli incidenti, e con citazione in via sommaria davanti i tribunali di commercio, i pretori e i conciliatori.

Le correzioni si fanno in margine o in fine della sentenza originale, con indicazione del decreto o della sentenza che le abbia ordinate.

Annotazioni.

1. Se l'errore commesso dal giudice sia di maniera che importi *nullità comminata da legge*, si è creata con ciò una posizione di diritto a favore di una delle parti e dev essere rispettata. *La correzione* suppone il difetto, ma non tale per cui l atto sia privato della sua esistenza in faccia alla legge. Se tali errori possono facilmente correggersi, perchè non dovrebbe farsi? « Aprire un nuovo giudizio di riforma o » di annullamento della sentenza per emen» darla sarebbe procedere oltre i limiti della » necessità e della convenienza » (*Relazione* Pisanelli).

2. Quali sono *errori od omissioni* sfuggiti nella redazione di una sentenza che *non portino a nullità secondo l'articolo* 361?

Di codesto facile rimedio sono capaci i difetti che cadono sulle enunciative dei num. 1, 2, 3, 4. Ciò è stato esattamente calcolato. Ognuno di quei difetti ha il più largo riscontro e la sua inoppugnabile dimostrazione nel processo. Spingere le parti a logorarsi in un giudizio di nullità non avrebbe proprio oggetto, sarebbe anzi deplorabile. Ma l articolo 473 va più avanti e involve alcune omissioni della sentenza che sono colpite di nullità tal è quella espressa al num 4 dell articolo 360.

Questa facoltà è accordata al giudice in punto alla omissione *di alcuna conclusione presa dalle parti*, e non si estende agli errori relativi ai num' 6, 7, 8 e 9 del detto art. 360.

Il criterio della differenza sta in questo, che rapporto ai due primi, è *questione totalmente giuridica*, non si può aggiungere ai motivi che mancano, non drizzare le gambe a un dispositivo per quanto sbilenco, questa è materia dell'*appello* o della *revoca*. Ma potrebbero invero farsi sparire i difetti dedotti dai num. 8 e 9 del detto articolo. Manca la *indicazione del giorno, mese ed anno*, ecc., o manca *la firma di qualche giudice, o quella del cancelliere?* Ebbene, si apponga, e così facilmente si corregga l'errore. Nondimeno la legge sembra ripugnarvi, e lascia la sentenza nello stato di nullità in cui è piombata.

Conviene pertanto soggiungere un secondo criterio differenziale. Vi *sono delle omissioni sostanziali e delle accidentali formali dal rese* le prime sono irreparabili. Io per altro sono di avviso che ben presto si farà un altro passo nella legislazione, e tutti gli errori materiali, qualunque siano, troveranno in questa buona legge un pronto rimedio. Quanti impicci, quante spese, quanti disordini saranno evitati!

3. La vera e reale importanza di una conclusione omessa è l'obblio in cui si presume averla avuta il giudice, negando con ciò giustizia alle parti. Ma mentre nell errore materiale, nella dimenticanza innocua, ove i *motivi* facciano evidente che vi si è pensato, che il giudice vi ha posto attenzione; da simile antecedente il legislatore derivò il corollario che *col dispositivo si è provveduto*. Se fosse lecito proporrei una correzione a questa parte del testo, e sarebbe di toglierne quelle parole. Non è raro pur troppo' vedere delle sentenze che dimenticano nel dispositivo quelle domande o eccezioni delle quali si occuparono nei motivi. Io crederei secondo lo spirito del testo, bastare che le conclusioni si veggano adombrate e calcolate *nei motivi*, anche perchè si accosta a un'altra massima, nota in giurisprudenza, che *la conclusione* non si dice omessa ove non risulti nella intestazione ma in qualche altra parte della stessa sentenza. Se adunque apparisce chiaro che alla fine il giudice la dimenticò nel dispositivo e non vi fece alcuna risposta, cosa si avrebbe allora? Si avrebbe una vera denegazione di giustizia, *non per la omissione della conclusione*, che sarebbe attestata dai motivi, e neppure per difetto di motivi, ma per un vizio d altra natura; per quello riprovato dall'articolo 517, num. 6, che porterebbe a nullità.

4. « *La stessa autorità giudiziaria* che ha » proferita la sentenza è chiamata a provve-

« dere sulle richieste correzioni » (*Relazione* Pisanelli). Ma il dubbio sta se il giudice, non essendo le parti d'accordo, possa metter le mani nella propria sentenza *quando ci sta di mezzo l'appello*. Il dubbio aumenta riflettendo che un giudizio qualunque sia, deve istituirsi, nel dissenso, o nel modo degli incidenti, o con citazione sommaria. Per non errare, converrà tenersi alla regola generale ogni volta che l'appello sia *sospensivo*. E non si vede che possa venirne o danno o inconveniente.

La legge ha provveduto affinchè per siffatte inavvertenze della redazione non si abbia bisogno di un pesante giudizio di appello, o di revoca, o di cassazione. Ma tuttavia un appello si è interposto. Forse per correggere con esso questi medesimi errori? E l'appello non è ammissibile, mentre essendo pronto altro più facile mezzo di riparazione, non è lecito, è assolutamente vietato, ricorrere al mezzo più dispendioso, a quello che la legge vuol evitare. Ma l'appello invece è stato interposto per cause che ivi sono disputabili, e lo stesso giudice d'appello potrà bene emendare gli errori materiali, l'errore di calcolo, per esempio, non avrà riguardo agli altri o errori od omissioni accidentali, se non in quanto sia ritenersi a termini di ragione.

Io diceva or ora che non è lecito sviare la causa dal suo mezzo semplice ed economico per abbordare un giudizio d'appello o di revoca. È storpiato un nome; sommando due con quattro si è fatto nove? Se un tale appello si portasse al giudice superiore, dovrebbe immediatamente respingersi. Ma l'affare potrebb'esser alquanto più serio, in fatto specialmente *di conclusioni*, si potrebbe sostenere che non ve ne ha traccia, o almeno sufficiente, nei motivi, e così render dubbia la competenza del giudice correttore. O si potrebbe involgere l'una e l'altra questione, quella delle non riportate conclusioni e quella della omessa pronunzia, e non è a dubitarsi che in siffatte emergenze l'appello non trasporti intero l'esame al giudice superiore.

CAPO I.

DELL'OPPOSIZIONE.

Articolo 474.

Il convenuto non citato in persona propria può fare opposizione alle sentenze pronunziate in sua contumacia.

L'opposizione non è ammessa se la citazione sia stata rinnovata a norma dell'articolo 382.

Annotazioni.

Ho detto altrove, e non approvata, la ragione per cui questo capitolo è stato diviso dal processo della contumacia. Il discorso, non breve, premesso agli articoli della sezione XII, tit. IV, lib. I, ha messo in piena luce, se io non m'illudo, questo fondamentale dettato, mostrando a quali ristretti termini sia stato plausibilmente ridotto *il mezzo della opposizione*.

In sostanza vi sono *sentenze contumaciali* suscettibili di *opposizione*, e altre non suscettibili. Lo sono *quelle soltanto che riguardano il convenuto, se questo sia stato citato una sol volta*, e risulti che l'unica citazione non fu consegnata *alla persona*, ma lasciata alla residenza, dimora o domicilio; una esclusione generale nei giudizi esecutivi è posta all'art. 674.

Articolo 475.

Le sentenze contumaciali non possono essere eseguite durante il termine per l'opposizione, salvo che sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria.

Annotazioni.

1. L'articolo 384, per quanto concerne i tribunali civili e le corti d'appello, e il 440 rispetto ai pretori, dichiarano quando è che si pronunciano sentenze in contumacia. La *esecuzione provvisoria* può nei casi dell'art. 363 essere ordinata.

Le sentenze contumaciali, per la distinzione accennata al precedente articolo, sono *definitive assolute* o *definitivo-condizionali*. Si possono o non si possono risolvere colla opposizione. Queste ultime hanno in tutto *l'effetto delle sentenze contraddittorie*. Secondo il nuovo sistema, colla contumacia si pronuncia il merito e la condanna se ha luogo (citati articoli 384, 440), e con essa può ordinarsi *la esecuzione provvisoria*.

La *opposizione* non sospende in tal caso la esecuzione che rimane al tutto interdetta quando si risolve la sentenza di condanna, e l'opponente viene assolto dalla contraria pretesa. Allora gli atti esecutori si annullano, e ne consegue che devono pagarsi le spese e i danni cagionati dalla indebita esecuzione.

2. Si domanda *se l'appello interposto contro la sentenza contraddittoria, in cui l'opponente riporta assoluzione, abbia l'effetto di mantenere gli atti di esecuzione già praticati*.

Motivo di dubitare, che l'appello essendo sospensivo, non deve alterarsi lo stato del processo esecutivo quale esisteva al momento della opposizione.

Si risponde che la sentenza nata sulla opposizione mette al nulla la prima sentenza contumaciale che si ha come non mai pronunciata.

Di fatti la opposizione rinnova il problema giudiziario, pareggia la condizione delle parti, sbilanciate dallo stato di contumacia. « On « peut définir l'opposition, ha detto il Carré, « un acte par lequel une partie condamnée « sur défaut se pourvoit devant le même juge, « *à l'effet de lui faire rapporter le jugement* « *qu'il a rendu, et d'en obtenir un nouveau* » — E più avanti « *il remet en question et* « oblige de juger contradictoirement ce que « le tribunal avait jugé par défaut ».

Ne segue che l'appello sospende bensì gli effetti del nuovo giudicato *quanto al futuro*, ossia quanto alle conseguenze di cosa giudicata; ma *quanto al passato*, è suo naturale effetto, che deriva dalla sola sua apparizione nel mondo giuridico, risolvere e far *tabula rasa* di tutto ciò che lo ha preceduto (salvo il disposto dell'articolo 388).

3. Lo stesso però non si direbbe: 1° *ove la opposizione sia stata rigettata*, 2° *se la nuova sentenza è conforme alla prima*.

La opposizione rigettata perchè tardiva, irregolare e nulla, è come non avvenuta; ed è chiaro che niente per essa è cangiato. Nella seconda ipotesi, sebbene il giudicato sia nuovo e distinto dal precedente, e a rigore di termini non possa neppure chiamarsi confermatorio, nonostante non avendo avuta la opposizione effetto utile all'opponente, sarebbe sottigliezza sconveniente alla serietà e verità del giudicato il dare all'atto puro e semplice della opposizione, comunque regolare, il potere di distruggere ogni portato della sentenza contumaciale, qualvolta non si ottenga un risultato diverso dal primo (V. Annotazioni all'art. 477).

4. *Se la sentenza che nasce in contraddittorio appresso la opposizione possa aggravare la condizione del contumace in confronto della sentenza contumaciale*.

La questione è riputata gravissima dal Chauveau, che vi spende intorno una delle sue note più diffuse (in Carré, quest. 620 bis). La tesi proposta è questa: se l'attore, che non domandò l'arresto personale, possa domandarlo e ottenerlo nel giudizio di opposizione. Io risolverò prontamente, secondo il giudizio mio, una disputa fatta forse men grave per la precisione della nostra legge. Vuole l'art. 387 *che l'attore nel corso del giudizio contumaciale non può prender conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto di citazione*. Con ciò rimane, a mio parere, sciolta la difficoltà. Soltanto se l'attore lo avesse chiesto e la sentenza contumaciale avesse omesso di pronunziare l'arresto personale, non esito a dire che l'attore, riassumendo la sua conclusione, potrebbe ottenerlo. Io quindi non converrei colla dottrina del Chauveau, esposta a quell'articolo.

Articolo 476.

Il termine per fare opposizione è quello stabilito dalla legge per comparire in giudizio, secondo i casi indicati nel capo II, titolo III del presente libro.

Il termine decorre dalla notificazione della sentenza contumaciale, e si calcola in ragione della distanza tra il luogo della notificazione e la sede dell'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza.

Annotazioni.

Il termine a fare opposizione è una delle espressioni del concetto che il legislatore si è formato intorno al diritto di difesa del contumace e sino a qual punto si possa serbare incolume tale diritto, e non poco si avvince alle altre discipline più o meno favorevoli al contumace scritte nel corso della procedura. Anche il sistema dei termini è dominato dalla ragione, troppo ristretto, nuoce alla libertà della difesa; troppo esteso, all'economia, al buon ordine dei giudizi, all'equilibrio delle rispettive posizioni giudiziarie.

Il Codice francese, in compenso di eccessivi favori accordati al contumace, fu assai moderato nel termine della opposizione, che è di soli otto giorni (articolo 157). Il Codice sardo del 1859 accordava *il termine stesso dell'appello* (articolo 244). Il progetto del ministro Pisanelli proponeva venti giorni per l'opposizione contro le sentenze in materia civile, dieci in materia commerciale. Il Codice si è messo al largo, e stabilisce i termini che negli art. 147 e 148 sono assegnati per le citazioni. Il criterio si è, che la sentenza contumaciale tiene veramente luogo di citazione, sempre nel presupposto fondamentale che la citazione sia andata dispersa. La misura del termine per comparire si basa sopra due estremi di luogo quello della notifica e quello in cui si deve comparire. Il capoverso dell'articolo 476 è completamente su questa base. Il termine sta in relazione con quello che deve darsi nella citazione rinnovata, ed identico essendo lo scopo, vedesi in ciò osservato un rapporto di convenienza logica. Se havvi esitanza, superfluità, o altro difetto nell'economia del termine, si ripete adunque dalla costruzione degli articoli 147 e 148, da noi già esaminati, anzichè dal presente statuto.

Ho detto più volte che la *opposizione* è sempre un falso e cattivo metodo, e che bisogna finirla replicando la citazione come nel sistema pontificio. E di fatti che avviene? Oltre i 20 giorni che forse si ha diritto di avere per l'articolo 148 n° 5, se pure il tempo non è d'assai prolungato per l'art. 150 dopo la sentenza, si gode l'altro e non breve comodo per appellare.

2. L'opponente ha pure due altri mezzi di guadagnar tempo forniti da certe scrupolose cautele della procedura, intese certamente ad altro scopo, ma la cui opportunità può esser revocata in dubbio.

a) L'articolo 190, capoverso (come si disse a suo luogo), fa una singolare eccezione *a favore del contumace per impugnare la nullità della citazione*, quantunque la sua stessa comparsa in giudizio ne accusi il ricevimento.

Si è fatta con ciò una limitazione alla prudentissima regola scritta nell'art. 190. Pertanto il contumace, comparendo, esibisce una citazione che ha dei vizi che la rendono nulla. Egli allega la nullità, la eccezione per lui, e quasi per privilegio, è stimata buona; annullata la citazione, egli ritorna in piena libertà, e converrà ricominciare il giuoco; si manterrà contumace come prima, e tornerà a godere di tutti i vantaggi della sua posizione negativa. Ho veduto in una causa, nella quale io pure diedi voto, spingersi la bravura del difensore sino al punto di pretendere che l'avversario fosse forzato a produrre egli stesso la citazione onde scrutarne i vizi; domanda che giustamente venne reietta (ricorso Fronzola, sentenza 28 febbraio 1868, relazione Gervasoni).

b) Ordina l'articolo 385 che *le sentenze e gli altri procedimenti siano notificati personalmente al contumace da un usciere destinato*, ecc. La inosservanza è colpita espressamente di nullità. Il contumace comparso può opporla, ed ecco che egli rientra nella posizione da cui è uscito, e bisogna notificargli una seconda volta la sentenza, dopo la quale gode un ulterior termine per comparire. Sono difetti che si attaccano, non so se per necessità, a questi resti del sistema contumaciale francese, che in una nuova riforma dovranno sparire.

Articolo 477.

L'opposizione può farsi, anche scaduto il termine suddetto, sino al primo atto di esecuzione della sentenza contumaciale, se questa non sia stata notificata al convenuto in persona propria.

Quando questa opposizione sia fatta nell'atto della esecuzione, è menzionata nel processo verbale. Quindi è proposta a norma dell'articolo 478, nel termine di giorni dieci, se la sentenza sia stata pronunziata da un tribunale civile o di

commercio, o da una corte d'appello, o nel termine di giorni cinque se la sentenza sia stata pronunziata da un pretore o da un conciliatore.

Se il contumace non sia presente al primo atto di esecuzione, basta che l'opposizione sia fatta nel detto termine di giorni dieci o di giorni cinque, e nei modi stabiliti dall'articolo 478.

L'opposizione fatta nel modo e nei termine suindicati impedisce l'esecuzione della sentenza, salvo che sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria.

Annotazioni.

1. Questo articolo è collegato per identità di disposizione al 386, se non che ci ha qualche cosa che sembra antinomia sulla quale bisogna intendersi.

Intanto poniamo in rilievo una facoltà del contumace che estende la disposizione dell'articolo 476. Oltrepassato il termine ivi designato, il contumace *può comparire sino alla sentenza definitiva*, dice l'articolo 386, *sino al primo atto di esecuzione*, dice l'articolo 477, ad ogni modo comparire. Se altri chiede con qual rito possa comparire, si risponde *col rito della opposizione* e non altrimenti; significa adunque che in quello ulterior tempo *può far opposizione*.

Parlando dell'apparente antinomia dei due articoli, osservo che amendue suppongono già scorso il termine a fare opposizione, ma il primo pone in ipotesi che la sentenza definitiva non sia ancora pronunciata, benchè possano esser nate sentenze d'istruttoria dette *impropriamente* sentenze, e non impugnabili. Invece il presente articolo ritiene pronunziata la sentenza definitiva, ma non ancora mandata ad esecuzione. Non si può disconoscere che la disposizione dell'articolo 386 riceve il suo complemento dal 477, che porta più oltre il diritto di opposizione, al di là della stessa sentenza definitiva.

2. Una limitazione contiene il nostro articolo, ove cioè *la sentenza contumaciale sia stata notificata in persona propria*. Vedesi adunque non bastare che il messo giudiziale, appositamente eletto, abbia eseguita la notificazione (articolo 385); è mestieri che la sua relazione accerti che venne eseguita *in persona propria*. E ciò perchè si abbia il suggello della volontarietà, e quasi si direbbe del dolo della sua contumacia.

3. Questioni — *a Ma che s'intende per primo atto di esecuzione?*

La esecuzione comincia forse dall'*atto di comando* (precetto) a pagare sotto la comminatoria della esecuzione? « Des nombreux « arrêts, ha detto il Chauveau, ont décidé « qu'un commandement de payer n'était pas « un acte d'exécution, même lorsqu'il été si- « gnifié à la personne du débiteur ». La Corte di cassazione aveva insegnata questa dottrina in un arresto dell'11 novembre 1817. « Nous « adoptons (continua il lodato scrittore) l'o- « pinion de la cour de cassation, parceque si « un commandement annonce le désir, mani- « feste l'intention d'exécuter, cependant, ce « n'est qu'une nouvelle signification du juge- « ment, ce n'est encore qu'un avertissement; « *c'est plutôt un acte préalable qu'un acte* « *faisant corps avec l'exécution* ». In conferma di questa opinione si potrebbe da noi aggiungere l'art. 562: « l'esecuzione forzata *dev'esser* « *preceduta* dalla notificazione del titolo ese- « cutivo *e del precetto* », ecc.

Veramente la esecuzione forzosa comincia da quel fatto che per autorità superiore, e col mezzo di organo legale, colpisce cose del nostro patrimonio, e finchè la esecuzione è minacciata non si può dire attuata. Contuttociò nella specie presente non mancano gravi osservazioni in contrario. In un punto di vista più generale, l'esecuzione di una sentenza non consiste esclusivamente in un pignoramento o in un sequestro, ma è tutto ciò che si opera in conseguenza della sentenza medesima per cui viene affermata nei suoi estrinseci effetti. Si è udito lungamente disputare, in tema di acquiescenza, se la notificazione non modificata da riserva sia atto di esecuzione; il pagamento delle spese si è ritenuto più volte *esecuzione* volontaria della sentenza. L'*atto di comando* o *precetto* è più forte di tutto questo, ed essendo il primo atto, l'atto fondamentale della esecuzione forzosa, sebbene non sia la esecuzione stessa, è parte necessaria del processo di esecuzione, si direbbe la parte inflittiva e moralmente coercitiva, il lampo precursore della folgore, e in ogni modo l'iniziamento della esecuzione. Ma vi è assai di più nel fatto nostro. Cosa vuole la legge? Vedere se al primo atto di esecuzione il contumace si riscuota dal suo letargo e si decida a presentarsi in giudizio. La legge dubita sempre che costui ignori quello che si sta operando contro di lui.

Ma l'intimazione di un atto di comando non dovrà bastare, che sarebbe il *terzo atto* uffiziale che gli si è inviato per farlo consapevole del giudizio pendente? (1) E se alla intimazione dell'atto di comando egli tace ancora, non si fa vivo, che si vuole di più? La sua contumacia volontaria non è forse assicurata?

Forti ragioni sono queste per un gius costituendo, ma abbiamo nella legge un argomento insuperabile onde ritenere che si tratta realmente *del primo atto effettivo di esecuzione*. Ed è questo *che la opposizione è menzionata nel processo verbale*. E con ciò si fa manifesto essere necessario *l'intervento dell'uffiziale esecutore ed operante*, mentre il precetto è ancora semplicemente atto di parte.

Più la legge ha preveduto *che il contumace non sia presente all'atto di esecuzione*, e gli ha dato tempo per conoscerlo, lo dispensa naturalmente dalla opposizione contemporanea, e gli fa abilità di proporla in un termine posteriore.

b) La opposizione contemporanea al primo atto di esecuzione impone all'esecuente di sospenderne ogni altro sino allo spirare del termine assegnato per la comparsa formale? Nessun dubbio, in relazione all'ultimo capoverso dell'articolo, *se non è ordinata l'esecuzione provvisoria*. È poi chiaro che se la opposizione fatta nell'atto di esecuzione non è susseguita dalla comparsa formale, si ha come non esistente.

c) La opposizione al precetto prevista dall'articolo 579 equivale a quella di cui parla il 477? Non sono a confondersi i caratteri di codeste opposizioni. Quella sistemata nel presente capo è propria dello stato di contumacia; questa appartiene a chiunque è colpito da un precetto. Se uno che si lasciò andar contumace fa la opposizione dell'articolo 579, con ciò solo rinuncia alla opposizione contumaciale, e assume difesa di merito.

d) Che dire del pignoramento di mobili o crediti presso terzi? La notifica dell'atto fatta al debitore (art. 611) costituisce il primo atto di esecuzione.

e) Forseché il convenuto che fu citato in persona propria, o fu citato due volte (art. 382), ha nonostante diritto di fare opposizione a norma del presente articolo, se la sentenza contumaciale non gli venne notificata in persona propria? Non si può disputare del modo di esercitare la opposizione quando è negato il mezzo, ossia il diritto stesso della opposizione. Ma la sentenza ha il carattere di contumaciale, si abbia o no il diritto d'impugnarla col mezzo della opposizione. La sua notifica deve quindi praticarsi col rito eccezionale dell'articolo 384; e la cautela può invero tornare utilissima per provvedersi in appello. Nelle condizioni del problema, la inosservanza dell'articolo 384 non apre adito alla opposizione, la sentenza però non può esser portata ad esecuzione per mancanza di notificazione.

È da estendersi la dottrina negativa della opposizione in giudizio pretoriale, ove la citazione sia stata rinnovata secondo l'art. 442.

Articolo 478.

L'opposizione è proposta con atto di citazione, che deve contenerne i motivi. Se si tratti di cause nelle quali è stabilita la citazione per biglietto, basta che sia indicata nel medesimo la sentenza impugnata.

L'opposizione può essere notificata alla residenza dichiarata, o al domicilio eletto o dichiarato dall'attore. Davanti i tribunali civili, e le corti d'appello può anche notificarsi al procuratore dell'attore.

Annotazioni

1. Se la citazione può farsi *per biglietto, la indicazione della sentenza* vale i motivi, ma non si è dispensati dalle altre e necessarie formalità dell'articolo 133.

2. La notificazione *alla residenza dichiarata, ecc.*, è una facoltà, si può eseguire alla residenza e al domicilio naturale, osservati i termini di ragione.

3. La citazione dev'essere accompagnata dagli atti prescritti dall'articolo 159, se trattasi di cause di tribunal civile o di corti. Equivale in tutto alla comparsa che fa il convenuto su la citazione dell'attore, una costituzione di procuratore rimasta in ritardo, e può citarsi il solo procuratore.

(1) Il primo è la citazione, il secondo la notificazione della sentenza coll'organo di un usciere speciale.

Articolo 479.

L'adesione di cui nell'articolo 470 si fa con comparsa, nel termine stabilito per rispondere all'atto di opposizione, nei casi di procedimento formale, e alla prima udienza nei casi di procedimento sommario.

L'adesione davanti i conciliatori si fa verbalmente; davanti i pretori può farsi verbalmente o per iscritto.

Annotazioni.

Qui si suppongono più contumaci, taluno dei quali non faccia opposizione ma *aderisca* a quella fatta da uno dei suoi consorti, col quale *ha un interesse comune.* Del resto anche le disposizioni dell'articolo 471 sono perfettamente applicabili (V. le annotazioni all'art. 488).

Articolo 480.

Quando l'opponente non comparisca nel termine stabilito, l'autorità giudiziaria, sull'istanza dell'altra parte regolarmente comparsa, rigetta l'opposizione.

Annotazioni

1. Se l'opponente non si presenta all'udienza nè per sè, nè per procuratore, la opposizione è svanita; e la reiezione è decretata sulla semplice domanda dell'attore (contro ciò che era ordinato dall'art. 245 dell'ultimo Codice).

2. *È possibile una seconda opposizione?* (La questione potrebbe nascere allorchè, reietta la opposizione per difetto di forma, si fosse ancora in tempo per rinnovare la opposizione). È noto l'adagio *opposition sur opposition ne vaut.* Non contestando il principio, Carré, e il Thomine con esso, stima che la sua applicazione sia ben certa quando si trattasse di replicare la opposizione per impugnare una stessa sentenza, ma crede che un giudizio possa contenere più sentenze contumaciali successive, e che ad ognuna, o presso a poco, possa quadrare una opposizione: « Ainsi, lorsque une partie n'a point été déboutée d'une première opposition, et au contraire cette première opposition a été admise « par un jugement contradictoire, *le jugement* « *par défaut qui intervient ensuite est toujours* « *susceptible d'opposition*, puisqu'il ne contient « que la prononciation d'un premier défaut » (all'articolo 165 del Codice di procedura francese). Tal era l'idea complicata, confusa, imbarazzante, che quella legge avea fatto nascere in materia di contumacia! N'era cagione in gran parte *le défaut de plaider* e la contumacia del procuratore, onde non era poi del tutto bizzarra la idea di sentenze contraddittorie e contumaciali che si succedevano nel corso del medesimo processo. Nondimeno il buon senso pratico del Chauveau riprovava l'ibrida combinazione, sostenendo che il predicato *opposition sur opposition ne vaut* respinge di tutta la sua forza la opinione che *due opposizioni siano possibili* di una stessa parte in unico giudizio. « Il est nécessaire « (egli finiva) de maintenir la force de ce principe qui préserve les parties de frais dont « l'énormité deviendrait incalculable », e, io aggiungo, per non render peggiore colla interpretazione un sistema intrinsecamente cattivo.

Malgrado ciò la verità mi costringe a dire che, nonostante ogni miglioramento che per noi si è portato all'istituto della contumacia, *una seconda opposizione è divenuta possibile* nell'aspetto in cui furono di sopra osservate le conseguenze dell'articolo 190 (Note sull'articolo 476, 2 a). Annullata mediante una prima opposizione la citazione, caduto il giudizio e rinnovato l'atto di citazione, è lecito andar di nuovo contumaci e opporsi di nuovo, e se per avventura anche la seconda si annullasse, il circolo potrebbe oltre ripetersi.

(Dalle Appendici della prima e seconda edizione

Intorno al senso dell'art. 384: « La sentenza che dichiara la contumacia pronuncia sulle conclusioni della parte istante ».

Vi ha chi crede che per queste parole della legge sia talmente fondata la presunzione di verità a favore della domanda e contro il contumace, che quando i fatti narrati nella citazione appaiano verisimili o non contraddetti da notorietà (in tal caso ripugnando la co-

scienza del giudice) i fatti esposti, eziandio non provati, debbano essere ammessi, e questo significare il motto della legge, *pronunciare sulle conclusioni dell'attore*.

Gioverà aggiungere qualche parola sopra un argomento che per dotte polemiche si è fatto interessante (1).

Vedo intanto con piacere che il cerchio della disputa è ristretto ai *fatti* e non si estende anco al diritto; e non si oppugna che il giudice possa, eziandio non contraddetta, respingere la istanza che si porge difforme dal diritto.

Questo è già qualche cosa a favore della teoria della giustificazione, e mostra che il senso della formola non è poi così assoluto che non possa il giudice, per qualsivoglia ragione, *pronunciarsi contro le conclusioni dell'attore* e rigettarne la domanda.

La diretta e legittima influenza dell'articolo 1312 del Codice civile in tale ricerca non può negarsi. *Actor probare debet, reus fit actor in exceptione*, l'art. 1312 non è che una nuova consacrazione di questo principio fondamentale dei giudizi. Esso aveva la sua natural sede nel Codice civile, ove si svolge la teoria delle prove, male si adagierebbe nella procedura che, maestra del rito, non dichiara i principii. Non si è mai dubitato del dominio di questo medesimo principio nei giudizi contraddittorii, eppure non si legge in veruna parte del Codice di procedura che l'attore deve giustificare la sua domanda.

Se questo è ciò che si ha di più sicuro, diremo anzi, di più elementare nella logica dei giudizi, bisognerebbe trovare in un principio opposto come possa bastare all'attore di enunciare dei fatti perchè questi fatti siano ritenuti veri, non comparendo per rispondervi la parte citata.

Volendosi sì grave effetto attribuire alla contumacia, molto più dovrebbe attribuirsi al silenzio della parte che avendo fatto atto di comparizione mediante costituzione di procuratore, tace sulla domanda ingiustificata dell'attore. Eppure questo non basterà mai, se l'attore non comincia almeno ad aprire la bocca all'avversario volgendogli qualche interpellanza.

Non parlerò della giurisprudenza che sull'articolo 235 del già Codice sardo identico all'attuale 381, non ha, che io mi sappia, un solo esempio onde sia ammesso che *la contumacia pura e semplice vale la prova dell'azione*: ma giova procedere per ragionamento.

Il vecchio adagio *contra contumaces omnia jura clamant* teneva troppo all'idea di una colpevole riluttanza del citato che si schermiva dal comparire al cospetto del suo giudice. La contumacia era accompagnata dalla presunzione del torto; la condanna erane la conseguenza, specie di punizione che doveva sgomentare ogni altro che sarebbe citato, ne *vadimonium desereret*. Questa che può chiamarsi superiorità legale della posizione dell'attore a confronto del contumace, considerata come mezzo per punirlo della sua contumacia, è un concetto dichiarato apertamente dai sostenitori di questa tesi che vi fondano forse il loro principale criterio.

Epperò essi trovano di poter asserire che la contumacia non equivale no ad una confessione, non essendo gravida dei portati giuridici a quella peculiari, ma in tal condizione di cose almeno una presunzione di verità deve militare a favore di colui che affronta francamente il sindacato giudiziale e sfida l'avversario a smentirlo, mentre questi sta nicchiando, si nasconde, e sembra temer la luce della discussione.

Se non che tutti questi fondamenti che stanno in quello che si direbbe peccato della contumacia, cadono quando la contumacia non si consideri un peccato, ma una necessità del convenuto che non è stato citato, ciò che si presume è la destinazione dell'atto di citazione che a lui fu diretto, perciò quella prodigalità di termini e di comodità, imbarazzo delle procedure, ma che attesta sopra tutto il rispetto della difesa. Se questo è dunque il punto vero da cui si deve partire nel concetto della contumacia, ogni argomento dedotto dalla franchezza dell'attore, dalla tacita adesione o colpa del convenuto, vien meno. Può anzi immaginarsi caso, non infrequente, per cui la questione cangierebbe affatto d'aspetto. Supponiamo che l'attore che sa di poter godere il non tenue vantaggio di una sentenza favorevole senza bisogno di fare alcuna prova (e, volendo, iscrivere ipoteca giudiziale) abbia studiato il modo che la citazione non pervenga all'avversario, e dei modi ce ne sono tanti! Si dirà che il dolo non si presume. Il dolo non si presume, ma quello che si presume è pur sempre non la contumacia volontaria e colpevole, ma la contumacia involontaria e necessaria (2).

Ma *cave ab extremis*! Vi ha nel giudice

(1) Giornale *La Legge*, num. 57 e 96, anno 1866, *Monitore dei Tribunali di Milano*, num. 42 e 45.

(2) Finchè si ammette il diritto di opposizione. Non in tutti i casi, come è noto, si ha diritto alla

prudente un tatto delicato, indefinibile, che gli farà apprezzare lo stato delle cose di forma che, senza portarsi agli estremi rigori della prova, sappia valutare convenientemente quelle che l'attore ha in buona fede e con lealità raccolte intorno al suo libello. È affare di convinzione, e accade benissimo che circostanze verisimili, ezlandio non corroborate dalla prova materiale, qualità personali asserite e non giustificate, nessi di fatti intermedi e simili, si possano ritenere dal giudice, avendo un rapporto ragionevole coi fatti fondamentali che indubbiamente devono essere stabiliti. Tizio qualificandosi erede di Caio con indicazione di tempo, di modi, ecc., che non lasciano sospetto sulla veracità di tale asserzione prova, mediante istrumento, il credito di Caio asserito suo autore, per causa di cosa. Benchè la qualità di erede non sia documentata, Tizio, che possiede i titoli, può ritenersi sufficientemente armato per ottenere sentenza contro il convenuto contumace. Non provando il credito, la sua istanza sarebbe respinta; del resto il giudice non farà il patrocinatore del contumace, come suppose taluno dei giureconsulti che presero parte in questa polemica, e non vorrà incaricarsi di eccezioni che la parte stessa potrebbe non opporre, o d'investigazioni troppo sottili, e *de apicibus juris*, poichè insomma il giudice farà bene l'ufficio suo, ma non si sostituirà alla parte, e coll'occhio dell'uomo pratico vedrà ciò che non può ammettersi senza prova, e ciò che non essendo che accessorio e circostanziale, possa tenersi per vero, *rebus sic stantibus*.

Così il nostro sistema, senza la rilasciatezza dell'austriaco e senza lo scrupolo del francese, procederebbe prudente, equo e ragionevole. E ciò, non perchè lo stato di contumacia sia inviso al legislatore, e neppure avuto rispetto alla contumacia in verun modo, ma perchè questa condizione della prova si presenta non diversa negli stessi giudizi contraddittorii quando l'uno o l'altro fatto, non essenziali a stabilire l'azione non sono impugnati. Vero è che impugnazione non può aspettarsi dal contumace, ma se noi non vogliamo formargli una condizione peggiore perchè contumace, non vogliamo neppur formargli una condizione migliore perchè contumace; e terremo una stregua di ragione non dismessa, nè straordinaria.

Fecero impressione quelle parole dell'articolo 384, e fu creduto che il dire *pronunzia sulle conclusioni della parte istante*, se non obbligava i giudici ad ammetterle, significasse però che *quanto ai fatti abbia a starsi all'esposizione della parte comparente*. Posso rispondere con tutta sicurezza, che non è questo il senso inchiuso in quelle parole anzi che niun concetto vi si asconda che tenga alla quantità o qualità della prova. Il senso è ben semplice, che *cioè le conclusioni dell'attore sono quelle che determinano l'oggetto litigioso, e in relazione ad esse il giudice pronunzia la sua sentenza definitiva*. Ciò mostra che l'attore deve fare delle conclusioni, e il giudice non sospende la sentenza per aspettare che il contumace si valga del suo diritto di comparsa o di opposizione.

Riassunto del sistema della contumacia.

Lascio stare come sono le osservazioni seguenti quali furono stampate nella 2ª edizione, poichè avendole rivedute, non ho motivo di riformarle malgrado qualche opposizione che ho veduto sorgere.

Spero ancora che in una materia di sì difficile digestione, le ripetizioni mi saranno perdonate.

I.

Contumacia del convenuto.
Giudizio formale avanti i tribunali civili e le corti d'appello.

La contumacia è uno stato giuridico determinato dalla legge. Si è contumace, e si può esser condannato come tale, quando si ha la certezza legale che la citazione è pervenuta a cognizione del convenuto. Se la citazione è stata consegnata *nelle mani sue proprie*, la certezza si ha. Se non comparisce, peggio per lui. Se la citazione, comunque regolarmente notificata, non risulta per attestato dell'usciere sia stata consegnata alla stessa persona citata ma nella sua residenza o nel suo domicilio ad altri che a lui, la contumacia esiste tuttavia, ma non è definitiva. Il citato può essere condannato in contumacia, ma gli resta la facoltà della opposizione (articolo 474). Perchè non rimanga questa via aperta per impugnare la sentenza contumaciale, la legge attribuisce allo stesso attore la facoltà di ripetere la citazione coll'aggiunta dichiarazione, che non comparendo il convenuto, la causa sarà proseguita in sua contumacia. E dopo ciò la

opposizione. Allora può aversi quella che si direbbe contumacia volontaria. È impossibile però introdurre per simili casi un diverso principio, perchè altre ragioni stanno per l'obbligo di giustificare la domanda.

contumacia è stabilita nel senso che non c'è diritto all'opposizione, e non resta al condannato altro rimedio che l'appello, se abbia luogo.

E ciò s'intende se la sentenza pronunciata sia definitiva; se non lo fosse soccorre al contumace la disposizione dell'articolo 396, ed egli può sempre comparire ed assumere la contraddizione.

La contumacia non è meramente una posizione risultante dalla condizione del processo, ma *dev'essere dichiarata* (art. 383). Ciò importa l'esame della detta condizione processuale che il magistrato deve riconoscere e sancire.

Lo stesso attore deve provocare la decisione della contumacia, se nol faccia entro giorni 60, la sua istanza è perenta. Tal è la disposizione dell'articolo 339. Due mesi gli costano quanto *tre anni* in ogni altro caso. Nella energia della comminatoria è dimostrato l'interesse del legislatore di accertare una situazione giudiziaria rimasta in sospeso.

Alla *dichiarazione* di contumacia che può esser susseguita dalla condanna, basta che il convenuto sia stato regolarmente citato nei modi consueti. Se la *citazione è stata reiterata*, la sentenza ne fa menzione (art. 384); e dopo ciò è interchiusa la via alla opposizione. Se consti dalla relazione dell'usciere che, il convenuto venne citato in *persona propria*, obbligo non v'ha di farne menzione nella sentenza, benchè non sia vietato. Sembra che la legge abbia voluto lasciare aperto l'adito a disputare sulla verità del fatto, qualora il contumace, facendo opposizione, si credesse fondato per combattere la relazione dell'usciere.

La legge va studiando tutti i modi per iscuotere il citato dal suo letargo. Se la causa non può esser decisa nel primo tratto, ed occorra qualche *atto d'istruzione*, *le istanze e le ordinanze d'istruzione* si affiggono in copia *alla porta esterna* della sede del giudice e restano là: può darsi che ne arrivi qualche sentore al citato, se non si nasconde a disegno. Le sentenze *definitive* o no, e *gli altri provvedimenti* che non siano di mera istruttoria ma includano qualche pregiudizio, sono *notificati personalmente da un usciere speciale destinato dall'autorità giudicante* (articolo 385).

—

Pare che siano sorte delle difficoltà sull'applicazione di questa legge.

Gli atti del processo preliminare alla dichiarazione di contumacia indicati nell'art. 383 devono forse notificarsi al contumace mediante affissione?

Ci attesta il signor avvocato Giovanni Scarino di Cosenza in una sua elaborata memoria, che presso alcuni tribunali si è introdotto il sistema di non dichiarare la contumacia del convenuto, se non siano stati preventivamente notificati per via di affissione gli atti che precedono la detta dichiarazione, quali *la istanza relativa, l'atto d'iscrizione in ruolo, il certificato del cancelliere, il decreto presidenziale* ed altri se hanno luogo (articolo 383), sistema che dicesi strano ed assurdo.

E lo è. Perchè mai inventare nuove formalità per aggiungerle a quelle di cui la legge è generosa ai contumaci? In questo processo contumaciale si distinguono comodamente tre periodi. Il primo, iniziale, che dall'atto di citazione arriva al punto in cui può farsi luogo alla dichiarazione di contumacia. Il secondo che si compone della istanza prescritta dall'articolo 383 e si compie colla sentenza che dichiarando la contumacia pronunzia in merito. Il terzo che parte dalla notificazione di questa sentenza, dopo la quale, se non sia definitiva, si svolgono atti d'istruzione, si producono prove, e si prepara la sentenza definitiva che chiude il terzo periodo, non restando dopo ciò al contumace che interporre l'appello.

L'articolo 385 non parla che di questo che io chiamo il terzo stadio o periodo. Le istanze e i provvedimenti di mera istruttoria che si affiggono, son quelli che qui hanno luogo e dopo la *dichiarazione di contumacia*, e non gli atti del secondo periodo che rappresentano un movimento interno e non contraddittorio, al solo scopo di regolarizzare la domanda della dichiarazione di contumacia e di mettere il giudice in grado di pronunciarla.

II.

Contumacia del convenuto nei giudizi formali avanti il tribunale di commercio (art. 407).

Il convenuto fa sentire la sua presenza in giudizio cogli atti che sono prescritti nell'articolo 391, se manca ad alcuna di quelle prescrizioni, è contumace. Il rito dell'articolo 382 è osservato. Ma non essendo nell'articolo 407 richiamato l'articolo 383, una stimabile corte del regno (non so se la decisione sia unica) argomenta dal silenzio della legge la inapplicabilità del detto articolo (corte d'appello di Milano, 5 agosto 1862, *Legge* anno stesso, pag. 208) (1).

(1) Pare che in senso opposto siasi espressa la corte d'appello di Napoli (*Annali della giurisprudenza italiana*, 1865, pag. 369, 31 a.

La obbiezione avrebbe tutto il valore, se coll'espellere dal procedimento formale avanti i tribunali di commercio l'articolo 383, si conseguisse vantaggio di semplicità e di tempo, per servire all'indole più speditiva di un giudizio commerciale. Ma accade il contrario. L'articolo 383 non impone, com'è noto, alcuna sospensione. L'attore può chiedere immediatamente la dichiarazione di contumacia, ciò che gli è imposto si è di non tardar troppo, se passano 60 giorni la sua istanza è perenta, il che non toglie ch'egli non possa il giorno dopo ripristinare il giudizio mediante nuova citazione. Se nei procedimenti formali più ponderosi e lenti, la domanda dell'attore soggiace a questa prescrizione che ha per iscopo di accelerare il giudizio, quale utilità portiamo noi al giudizio commerciale coll'abolirla? Dunque l'attore potrà starsene nella inazione sino al compimento dei tre anni e non esser colpito che dalla prescrizione dell'articolo 338? Il meglio è ritenere il richiamo implicito dell'articolo 383, che ad ogni modo non può essere completamente abolito per le altre ritualità che contiene, sia in quella parte ove accenna alla comparsa di alcuno dei citati, sia per la iscrizione nel ruolo o lista delle contumaciali, sia ancora in quella parte nella quale vuole giustificata la condizione regolare nella quale dal canto suo si trovi l'attore chiedente la contumacia.

Altre due considerazioni di non lieve momento sono da aggiungersi. L'articolo 407 non richiama nè l'articolo 384, nè l'articolo 385, nè l'articolo 386, eppure la loro osservanza non può esser messa in dubbio, rappresentando lo svolgimento indispensabile del sistema della contumacia. Finalmente l'art. 410 è un appello generale al contenuto del capo I, per quanto le sue forme siano applicabili; ma niuno dirà che il rito che mira ad accelerare il giudizio non sia applicabile al procedimento commerciale, quasichè desideri di essere sciolto per istaurare termini più lunghi e prolissi.

III.

Contumacia del convenuto nei giudizi sommari.

Il sistema della contumacia soffre tenui mutazioni nei procedimenti sommari. Egli è specialmente osservabile in quanto riguarda il giudizio pretoriale, il quale dovendo esser il tipo della maggiore semplicità, può dare la misura delle ultime concessioni che la legge stessa è disposta a fare in questa materia (articoli 440, 441, 442).

Sul modo della citazione, ritenuta fondamentale, non vi è proprio alcuna varietà. La citazione *in persona propria* chiude, al solito, l'adito alla opposizione. Se l'attore ama guarentirsene in ogni caso, dovrà rinnovare la citazione. C'è anzi qualche cosa di più: la facoltà singolarmente attribuita al pretore di *ordinare una nuova citazione* per informazioni o scrupoli che gli vengano in mente sugl'impedimenti possibili che il convenuto abbia potuto incontrare nella sua via verso il tribunale.

Si è però venuto formando una giurisprudenza che nei procedimenti sommari *la perenzione* stabilita nell'articolo 338, per non essere stata chiesta la dichiarazione di contumacia nei 60 giorni, non abbia luogo (1).

Io m'inchino all'autorità della giurisprudenza, quand'anche non avesse detta l'ultima sua parola. E se questo sistema corrisponde allo spirito della sommarietà e giova ad accelerare e semplificare i giudizi, trovo accettevoli tutte le considerazioni che si sono fatte intorno al diverso carattere dei due procedimenti e all'abbandono che converrebbe fare di una prescrizione di rigore qual è quella dell'articolo 338, estendovi l'indole più mite e benigna dei giudizi sommari. Io quindi non mi farei ad opporre le regole generali degli articoli 392 e 410, nè a discutere se le nullità e le decadenze siano odiose ai procedimenti sommari, ma ad un patto, che la soppressione di una tale perenzione giovasse, come io diceva, alla speditezza e celerità del giudizio. Vi sarà certamente qualche cosa che io non intendo. A che si andrebbe se non si adottasse la prescrizione breviore? Vediamolo.

Salvochè non si tratti di causa pretoriale la cui procedura si perime entro un anno (articolo 417); o avanti il conciliatore (art. 465) la perenzione in tali cause essendo di sei mesi, dovremo andare ai tre anni dell'art. 338. Ma se col principio che l'istituto della perenzione è un episodio *simpliciter* del procedimento formale, si dirà che l'articolo 338 non è applicabile nei procedimenti sommari, non essendovi una terza disposizione nella procedura,

(1) Corte d'appello di Napoli, 7 ottobre 1869 (Bettini-Gianzini, col. 614); cassazione di Napoli, 19 febbraio 1867 (Ivi, col. 117). Altra decisione della stessa corte suprema del 16 gennaio 1866 (Ivi, col. 37), corte d'appello di Napoli (Ivi, col. 310); corte d'appello di Palermo del 14 dicembre 1868 (*Annali di Giurisprudenza italiana*, 1869, pag. 623

avremo *l'azione perpetua* secondo il diritto romano, cioè di trent anni. Ognun vede qual servigio noi rendiamo al sollecito sviluppo del processo sommario.

In realtà le sezioni VII e IX del tit. IV del libro I, sono istituti generali e meno i casi in cui si riscontri qualche modificazione espressa, hanno un portato che si estende ad ogni giudizio. Io non credo che vi sia una perenzione pei procedimenti formali e una pei procedimenti sommari avanti i tribunali e le corti d'appello. Difatti l'articolo 338 comincia — qualunque *istanza*, ecc. *La rinunzia agli atti del giudizio* quando sia accettata, *produce gli effetti della perenzione* (articolo 343). L'istituto della rinunzia è generale e parla di ogni giudizio. Quanto al § I della sez. VII nel capoverso dell'articolo 343 si fa parola espressa *dei procedimenti sommari*. Quindi non è uopo vagare fuori dei confini del Codice di procedura onde fermare il termine della perenzione, esso è di tre anni.

La teoria adunque adottata dai suddetti rispettabili magistrati, porge ai procedimenti sommari avanti tribunali e corti d appello la utilità di una perenzione molto più lunga, e quindi di una più lunga sospensione del giudizio. Mentre si nel sistema del Codice che nella ragione termini più compendiosi si vogliono nei giudizi di trattazione più spedita, quali i pretoriali e quelli del conciliatore (citati art. 417 e 464), noi crediamo informarci a questo spirito, permettendo che l'attore in procedimento sommario possa starsene tre anni inattivo prima di far dichiarare la contumacia del convenuto? Inutilmente si troverebbe scritto nell articolo 230 del regolamento giudiziario che « nei giudizi a udienza fissa la « parte che vuol far dichiarare la contumacia « dell'altra, deve giustificare *alla udienza* (cioè « alla udienza fissata) di aver adempiuto, ecc. », nella quale udienza « il tribunale *dà atto alla « parte comparente della contumacia della « parte contraria* »; disposizione poco conciliabile colla facoltà di una sospensione triennale.

IV.

Della contumacia dell'attore.

L'attore che non comparisce nei modi legali può esser dichiarato contumace ad istanza del convenuto che abbia interesse di far pronunciare una sentenza di merito, anzichè star contento alla deserzione della lite. Egli deve seguire le norme stabilite nell'articolo 383. Pendente il giudizio e prima della sentenza definitiva, il contumace può presentarsi, essendo osservabile che quell'articolo, del pari che gli articoli 384, 385 e 386, sono comuni ai contumaci e può valersene anche l'attore che sfuggì al cimento dopo averlo provocato. L'articolo 230 del regolamento dichiara il rito a tenersi nei procedimenti sommari, che vale sì per far dichiarare la contumacia del convenuto che quella dell'attore, seguitando il giudizio del merito nella forma contumaciale.

Attore in appello, l appellante ha dietro di sè una sentenza di condanna. Nel primo esperimento disertando dal giudizio, l'attore manca alla lite, la lite cade e la riassume il convenuto per conto proprio. Nel secondo la contumacia dell'attore si considera come un fatto negativo della propria appellazione, e un volontario abbandono (art. 489). Se l'appellato accettando questo stato di cose *domanda il rigetto dell'appello*, giovandosi del diritto che ha espressamente dalla legge, si esime dal non breve giro dell'accusa contumaciale, e non gli occorre valersi nè dell'articolo 381 nè del 383. Se gli piacesse seguire questa via non gli sarebbe inibita però, ma egli ricostituisce colle sue mani a favore dell appellante il processo appellatorio e lo pone in grado di battersi nel merito, laddove afferrando la situazione favorevole che gli presenta la diffalta dell'appellante, può chiudergli immediatamente la bocca ad ogni discussione nel merito e accertare la di lui decadenza.

Espongo così succintamente le mie idee, ma non mi dissimulo le questioni.

Il mio collega ed amico cons. Paoli nel suo dotto lavoro *Sulle principali discordanze nella giurisprudenza delle quattro cassazioni del regno* si occupa dell'articolo 489 e delle dispute che ha prodotte: io mi fermo a quella che concerne il mio attuale argomento: *se e come e quando* e aggiungerò, a quali effetti *l'appellante*, che mancò alle prescrizioni dell'articolo 489, *possa purgare la sua contumacia presentandosi al giudizio*.

Tre diverse opinioni, dice il mio illustre collega, vennero in campo: 1ª decadenza assoluta, 2ª facoltà all'appellante di comparire in giudizio e di produrre gli atti e documenti *sino a sentenza definitiva*, 3ª decadenza non assoluta, ma che soltanto s'incorra, quando l'appellato che sta regolarmente in giudizio *fa istanza* pel rigetto, mentre l'appellante non ha ancora soddisfatto al debito suo.

La prima opinione non ha avuto eco nella giurisprudenza o assai debole: lasciamola andare e parliamo delle altre due. La opinione più larga gode di gran favore nelle corti na-

politane (1). La opinione media, che cioè il diritto della decadenza sia quesito a favore della parte appellata dal momento che essa ha fatto istanza per la reiezione dell'appello, è sostenuta da non meno gravi autorità (2). Questa stessa opinione, modificandosi, ha saputo conciliare la giusta severità del principio stabilito nell'articolo 489 colle disposizioni che sono fuori di lui, sempre tendenti a favorire la comparsa del contumace. La domanda del rigetto *circoscrive la questione* nei termini della sussistenza o non sussistenza del diritto d'appello; la sentenza non pronunciandosi simultanea, e qualche intervallo restando in mezzo per non rendere illusoria *l'affissione* prescritta dall'articolo 385, l'appellante, risvegliato dall'avviso, potrebbe presentarsi per gli effetti dell'articolo 386 e sarebbe nel suo diritto.

Nella mia opinione individuale, questo sistema è il solo vero; il solo che deve osservarsi, rispondendo con incriticabile precisione al voto della legge. È stato troppo bene dimostrato perchè io abbia bisogno d'insistere sull'argomento, che la condizione giuridica dell'appellante è molto diversa di quella che si spiega innanzi all'attore che comincia un giudizio (consigliere Paoli, citata monografia). L'appello è un rimedio circondato di forme rigorose; la inosservanza è la decadenza. Termini perentori, improrogabili dopo i termini, le prescrizioni dell'articolo 489, il diritto di combattere la sentenza in appello bisogna acquistarlo coll'esatto adempimento del rito iniziale. Non sono tali doveri imposti a chi per la prima volta introduce un giudizio. La contraria parte non ha ancora guadagnato una posizione giudiziaria superiore alla sua; non è forte di una sentenza; non ha la vittoria per sè. Non è dunque a confondersi un processo di prima istanza nel quale l'attore si rende contumace con quello di secondo grado nel quale l'appellante *non abbandona la lite, ma l'appello*: accetta cioè la sentenza.

Ed ecco a che la vertenza si riduce: a conoscere, se sia vero o no che l'appello sia stato abbandonato; e in questo campo si restringe la disputa sulla quale è pur data la parola all'appellante comparso prima della sentenza. Se per avventura proverà ch'egli non ha mancato al debito prescrittogli dall'articolo 489, o potrà respingere coll'aiuto di altre eccezioni l'eccezione contraria, vinto l'incidente, allora, ma allora solo, gli sarà aperta la porta per discutere il merito dell'appello.

CAPO II.

DELL'APPELLAZIONE.

Articolo 481.

L'appellazione è ammessa da tutte le sentenze pronunziate in prima istanza, salvo che la legge le abbia dichiarate inappellabili.

Le sentenze dei conciliatori non sono appellabili che per motivi indicati nell'articolo 459.

L'appello dalle sentenze contumaciali importa rinunzia al diritto di fare opposizione.

(1) Oltre la decisione della corte suprema di Napoli del 30 gennaio 1868 (*Annali di Giurisprudenza Italiana*, vol. II, p. I, p. 99; *Monitore*, 1868, p. 298). La corte d'appello di Napoli si è pronunciata più volte nello stesso senso (16 maggio 1866, 29 agosto 1866, 4 marzo, 9 marzo e 29 aprile 1867); Paoli, nota.

(2) Corte d'appello di Firenze, 28 marzo, 25 maggio e 17 dicembre 1867, corte d'appello di Brescia, 12 dicembre 1866 e 20 gennaio 1868, di Milano, 14 aprile 1867, di Palermo, 25 febbraio 1867, corte suprema di cassazione di Torino, 14 aprile 1869 (*Monitore*, pag. 297).

Annotazioni.

1. **Generalità.** — Per noi l'opposizione contro la sentenza contumaciale è la integrazione della difesa, l'appello è la integrazione della giustizia. L'appello è egli un bisogno reale della giustizia? Io non lo so, ma voglio crederlo: *licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet*; *neque enim utique melius pronunciat qui novissimus sententiam laturus est* (Ulpiano, Leg. 1 de appellat.). Quello di cui però certo si è che l'appello è un bisogno dell'umana natura, una soddisfazione che, negata, imprime irremissibilmente l'idea della negata giustizia. E potrebbe ben dirsi negata in questo senso, che si è impedito al processo, alle prove, alla discussione il suo maggiore svolgimento: ci parrebbe di essere pressochè soffocati entro i cancelli di un solo giudizio; la coscienza pubblica si rivolterebbe contro una giustizia così amministrata. Ecco perchè l'appello è necessario. Nel sistema dell'unico appello domina infatti questo concetto, mentre nel duplice o triplice appello del diritto canonico, della legislazione pontificia, toscana, austriaca, ecc., primeggiava un diverso concetto, quello dell'autorità. Giusta quei sistemi si aveva fede nei giudici superiori perchè più illuminati, e nel concorso del maggior numero dei voti. È il sistema *della terza istanza* che mantiene ancora il campo e contrasta con molta forza a quello della cassazione. Non si sarebbe invero un solido e fondato criterio per istabilire che un secondo giudicato sarà migliore del primo, e un terzo sarà migliore del secondo e che il terzo sarà il perfetto: ma si sente invece la necessità di un secondo esame, di un secondo esame appoggiato a quel maggior numero di mezzi che lo sforzo delle parti avrà potuto accumulare, e così il giudicato d'appello rappresenta il risultato di un solo processo portato in fasi diverse e successive al suo razionale compimento, piuttosto che l'impero di un'autorità che si è imposta ad un'altra, e l'ha, per così dire, schiacciata sotto il suo peso.

2. **Precedenti storici.** — Un bisogno sentito, una impazienza naturale ai vinti di rifarsi colle più rispettate ed autorevoli decisioni di un potere superiore, anela all'appellazione, che in qualunque anche più imperfetta condizione della civiltà giudiziaria sorge come il prodotto di una vera necessità sociale. Ma la sua perfetta organizzazione appartiene a ben altri tempi, e risponde, come una delle sue parti più interessanti, agli ordini generali del diritto onde si reggono gli Stati nell'età più colte. Il corso storico dell'appellazione nelle principali sue fasi può così compendiarsi: 1° l'antica *provocatio*, ricorso dai giudizio dei consoli ai comizi popolari, secondo Niebuhr dopo la espulsione dei re (Leg. 2 § 16 de orig. jur.); 2° ricorso ai tribuni del popolo che arrestano col veto la esecuzione d'ingiusti pronunziati, altri magistrati non bene definiti, intervengono per regolare il giudizio *intercessio*; 3° è conosciuta nelle provincie l'*interventio* del rettore della provincia contro i giudici minori; 4° sorto l'impero, l'appello devolve di diritto al principe supremo, che d'ordinario ne delega l'amministrazione; 5° dalle sentenze del pretore, in Roma, suol portarsi l'appellazione al prefetto della città, e nelle provincie ai consolari; 6° in epoca posteriore il giudice ordinario delle appellazioni è il prefetto del pretorio, riservato sempre l'ultimo ricorso all'imperatore; 7° una legge di Costantino (16 Cod. Theod. de his qui per metum) autorizza il prefetto del pretorio a giudicare inappellabilmente; 8° Teodosio e Valentiniano limitano le cause nelle quali si può portare appello al principe (Leg. 32 Cod. de appell.); 9° Giustiniano non permette che due soli appelli per ogni causa (Leg. unic. Cod. ne liceat in una, etc.); 10° Non vi è propriamente appello nella pura ed eminente signoria feudale, ma il principe impone la sua volontà anche nei giudizi; 11° nel primo periodo del potere civile ecclesiastico i vescovi giudicano senz'appello; 12° successivamente, in tutto l'orbe cattolico, l'ultimo appello è di diritto al vescovo di Roma, eccettuate le cause che non appartengono alla giurisdizione temporale della Chiesa (*De appell.*, cap. VIII); 13° nelle cause spirituali si può appellare *omisso medio* al papa (Can. si quis vestrum et can. 2 q. 6 de appell.). Il diritto canonico è il vero legislatore dell'appellazione; le più belle dottrine moderne sono insegnate nel diritto canonico; da quel momento questa grande istituzione appartenne alla civiltà, divenne razionale. Noi abbiamo potuto aggiungervi, ripassarla, se mi è lecita l'espressione, colla lima di una civiltà più raffinata, limitarne il lusso e l'eccesso, e darvi anche un miglior indirizzo, ma ci sono là dentro delle nozioni elementari e dei principî che l'intelletto umano non potrà cangiare per correr di tempi.

3. *Delle sentenze appellabili.*

La generalità del *soggetto appellabile* è an-

nunciata con una nettezza ignota alle procedure anteriori. *Ogni sentenza è appellabile.* Ciò esclude il termine opposto, i pronunciati che non sono sentenze, e non ne hanno l'importanza, non sono appellabili, la legge poteva scrivere anche qualche limitazione su vere sentenze, onde semplificare certi giudizi nei quali si desidera celerità principalmente.

A noi restano a dire pochissime cose dopo tutto ciò che si è detto esaminando gli articoli 349 e 351.

Si è largamente dimostrato che nella superior categoria delle sentenze hanno luogo anche quei pronunciati che sono interlocutorii e involgono cognizione e pregiudizio di merito.

La famiglia delle ordinanze si suddivide in provvedimenti, decreti, e se vi ha qualche altro nome, e per la indole loro sono mezzi e avviamenti e conclusioni d'istruttoria.

Ci fermeremo un momento per indicar quelle che sono sentenze, e tuttavia non appellabili per speciale disposizione di legge.

Sono inappellabili: 1° le sentenze dei conciliatori, eccettochè per motivo d'incompetenza (articolo 481); 2° le sentenze degli arbitri nei casi dei quattro numeri dell'art. 28; 3° le sentenze di ricusazione di un conciliatore o pretore, esclusivamente (articolo 128); 4° le sentenze che si pronunciano nei giudizi di esecuzione mobiliare nei limitati soggetti dell'articolo 655; 5° quelle che si pronunciano nei giudizi di espropriazione nei casi segnati dall'articolo 702; 6° quelle che in procedimento esecutivo d'immobili rigettano eccezioni di nullità relative alla richiesta d'incanto (articolo 630). Non poche modificazioni sulla forma dell'appello si vengono incontrando in più luoghi del Codice che ci cadranno sott'occhio.

4. *Della combinazione dei termini di opposizione e d'appello.* In Francia è legge che non si possa introdurre appello se non trascorso il termine della opposizione (articolo 455). I codici di Parma e Piemonte adottarono la presente determinazione, che con giusto senno ci è stata conservata. Del resto la facoltà di volgersi all'appello non esclude, anzi logicamente inchiude, il diritto di giovarsi successivamente delle due facoltà, instaurando l'appello dopo il giudizio di opposizione. È chiaro che in tal caso il termine per appellare non corre che dalla notificazione della sentenza contraddittoria nata sulla opposizione.

5. *Che avviene se due convenuti essendo stati condannati in contumacia, l'uno propone la opposizione e l'altro l'appello?*

Alcuni scrittori francesi hanno trattata questa combinazione nel punto di vista alquanto diverso delle loro leggi. Carré e il suo illustratore credono che si abbia a distinguere fra oggetto divisibile e indivisibile, nel primo caso ognuno segue la sua via, nel secondo non si dubita di asserire che la decadenza di una parte dal diritto di fare opposizione conduca altresì la decadenza dell'altra, il perchè restava un solo mezzo possibile, l'appello (questione 1570, 1635 bis).

Io proporrei un'altra soluzione. È perfettamente libero a coloro a cui la legge offre due mezzi d'azione o di impugnazione scegliere quello che più gli talenta. Non bisogna preoccuparsi innanzi tempo delle conseguenze. Se Tizio ha parati innanzi due rimedi il cui uso successivo può tornargli utilissimo, è abbastanza irragionevole e strano che per una causa qualunque, che personalmente non lo riguarda, egli sia costretto subire la posizione deteriore e meno vantaggiosa che ha voluto crearsi il suo consorte di lite. Ad ognuno pertanto la sua libertà d'azione. Ma quale sarà l'effetto di codesta specie di dualismo giudiziario? Che quale dei due vince prima, porgerà tutto l'appoggio al consorte di lite onde reclamare lo stesso risultato; ossia il consorte di lite, in materia indivisibile, *potrà giovarsi della sentenza*, rientrando così a bandiera aperta nel favorevole proposto dell'art. 471 (tanto esteso da comprendere eziandio le sentenze ottenute col mezzo della *opposizione*). Laonde si potrà bene abbandonare il precedente giudizio per attaccarsi al risultato, e valersi della sentenza ottenuta dal consorte in via di eccezione di cosa giudicata. Ma se si continuasse il giudizio indeciso, non potrebbe nascere forse sentenza contro sentenza? Ma sì, e che pertanto? La legge fa quanto può affinchè non nascano sentenze contraddittorie in materia concettualmente indivisibile, ed evitare lo scisma. Ma *non obbliga*, non forza nessuno a utilizzare i suoi prudenziali temperamenti, e quando non si voglia, lascia andare le cose e le regola con altri principii.

6. *Se la sentenza contumaciale ha ordinata la esecuzione provvisoria — nonostante opposizione — la via dell'appello è sufficiente per arrestare la esecuzione medesima?*

Ciò non par dubbio, anzi la massima è così fermamente tenuta dalla giurisprudenza francese, che non mancarono dottrine e giudicati i quali sostennero *che era quello l'unico caso* in cui fosse lecito prescindere dalla legge che impone prima di tutto l'esercizio della opposizione, *puisqu'il est* l'appel *le seul moyen légal d'empêcher telle exécution* (Carré, quest. 1641).

Ci affrettiamo a dichiarare che la sentenza

contumaciale potrebbe, come ogni altra sentenza, ordinare la esecuzione provvisoria *non ostante opposizione e appello*; per cui l'appello non gioverebbe più della opposizione ad arrestarne gli effetti.

Articolo 482.

L'esecuzione delle sentenze non dichiarate esecutive provvisoriamente è sospesa durante il termine concesso per appellare, e durante il giudizio di appello.

Articolo 483.

Quando l'esecuzione provvisoria domandata in primo giudizio non sia stata pronunziata, può domandarsi in via incidentale nel giudizio di appello.

Articolo 484.

Quando sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria fuori dei casi dalla legge indicati, l'appellante può chiedere inibitorie all'autorità giudiziaria d'appello, in via incidentale o in via sommaria, secondo che già sia o no pendente il giudizio d'appello.

Lo stesso ha luogo se durante il termine per appellare, o non ostante l'appello, sieno dati provvedimenti esecutivi per sentenza di cui non sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria.

Annotazioni

Si può semplicemente domandare *la inibitoria* non appellando che da questa sola parte della sentenza, e allora si va in forma sommaria, evitando il ponderoso rito di un giudizio di appellazione, o pende l'appello principale, la domanda *piglia nome d'incidente*, agitandosi però anch'essa in via sommaria.

Articolo 485.

Il termine per appellare, salvo i casi in cui la legge abbia stabilito diversamente, è:

1° Di giorni trenta per le sentenze dei pretori e per le sentenze dei tribunali in materia commerciale;

2° Di giorni sessanta per le sentenze dei tribunali civili in materia civile.

Anche quando sia scaduto il termine per l'appello principale, l'appellato può proporre l'appello incidentale da qualunque capo della sentenza.

Annotazioni.

Sulla natura dell'appello incidente si tratterà nelle *Annotazioni* all'articolo 487.

Articolo 486.

L'appello principale è proposto con atto di citazione.

Esso deve notificarsi come la sentenza a norma delle disposizioni degli articoli 367, 396 e 437, capoverso ultimo.

Quando la sentenza contenga più capi, ed alcuno soltanto sia impugnato, s'intende che l'appellante abbia accettato gli altri capi. Se non sia fatta indicazione di capi, l'appello s'intende proposto contro tutti.

Annotazioni.

1. Si leggono nella relazione Pisanelli le seguenti parole. « Quanto alla forma di proporre l'appello, il progetto non contiene innovazione in confronto ai codici modellati

« al Codice francese, *eccettochè il relativo atto* « *di citazione può notificarsi ai procuratori* « *rappresentanti le parti nel primo grado di* « *giurisdizione, ovvero al domicilio eletto per* « *occasione del procedimento* ».

L'alternativa non è stata adottata. Dal metodo della notificazione si deduce chiaramente che *la citazione* colla quale s'introduce l'appello è inviata *alle parti*, non *al procuratore* o *procuratori*, che già furono nel primo giudizio, a meno che l'appellato avesse trascurata l'elezione o dichiarazione di domicilio prescritta dagli articoli 158 e 159, num. 2, e coll'ulteriore limitazione del 2° capoverso dell'articolo 367 (al quale corrisponde in massima l'articolo 397).

Ritenuta questa forma iniziale, ne segue l'applicazione degli articoli 158, num. 1 e 3, e 159, num. 1 l'obbligo cioè di depositare in cancelleria il mandato e i documenti. Non credo sia d'uopo replicare l'atto di elezione di domicilio; deve valere quello che fu già fatto nel primo giudizio ma affinchè la costituzione del procuratore in appello sia completa, dovrà emettersi la conferma dell'anteriore domicilio, altrimenti dovrà eleggersi nuovo domicilio per servire alla disposizione dell'articolo 158.

2. Eseguendosi tale notifica al domicilio del procuratore, giusta il primo capoverso dell'articolo 367, ne discende forse *che quel procuratore abbiasi a ritenere come costituito nel secondo giudizio*, e quasi *dominus litis?* All'orecchio del mio lettore dirò che io temo assai che il redattore dell'articolo 486 non abbia portata tutta l'attenzione su questo punto. La notifica della sentenza fatta ad un procuratore costituito, quasi in *pœnam* della negligenza della stessa parte, si comprende. Meno però si comprende che una citazione d'appello possa eseguirsi al procuratore di prima istanza, a quel procuratore che legalmente ha cessato di esser tale. Eppure nei termini dell'art. 486 è impossibile negare applicazione a parte veruna dell'articolo 367.

L'inconveniente sarebbe nella legge, e la notifica della citazione sarebbe regolare. Qui però bisogna intendersi badate bene, è sempre la parte che si cita e non trattasi che *del luogo della notificazione*. L'antico procuratore è passivo in questa faccenda specie di domiciliatario legale. Per essere procuratore in appello dovrà presentare il suo mandato di procura, che può esser anche il suo primo mandato, ove contenga le opportune facoltà.

3. La materia del primo giudicato può esser recata totalmente, o solo in parte, al giudizio di appello.

Capi distinti intendiamo sempre pronunciazioni distinte o *disposizioni separate*, talchè sia perspicuo che da uno di codesti capi si è voluto appellare, e da altri no. Se varie e diverse materie furono trattate nella sentenza, e tutte si conglobarono in unico dispositivo, indarno si cercherebbero le diverse parti che lo compongono nelle partizioni razionali risultanti dai motivi. Non è per altro in tutto questione d'ordine materiale se il dispositivo, diremo così, potesse facilmente scomporsi nei suoi elementi, in altre parole, se la varietà delle sue decisioni apparisse senza sforzo alla lettura, se non vi fosse un rapporto che dimostrasse l'una non potere stare senza l'altra, non vedrei perchè l'appello stesso non potesse scinderle. In tal caso *indicazione di capi* dovrebbe intendersi delle disposizioni dalle quali si appella altrimenti l'appello indeterminato trasporterà tutta la causa, ed esporrà forse l'appellante a perdite certe e inutili spese.

4. *È nullo l'atto di appello non motivato?* Non si troverebbe nella legge sufficiente appoggio per dichiararlo nullo, ma lo sarebbe senza dubbio *per l'assoluta incertezza dell'oggetto* (articolo 145, num. 2), per es., non risultando da quale sentenza s'interpone l'appello. Ben guardando, i *motivi* si ravvisano meno necessarii in una citazione d'appello, che nella citazione introduttiva del giudizio. Qui la parte citata tutto ignora, e non può essere obbligata a indovinare le intenzioni dell'attore, laddove il processo di prima istanza contiene, generalmente parlando, le ragioni e le eccezioni che si ritengono ripetute nell'atto di appello. Le *successive comparizioni* potranno riparare al difetto, si potranno cioè proporre i motivi con atto distinto.

Posizione del garante e del garantito rispetto all'appellazione.

Le difficoltà che s'incontrano a definirla nei suoi varii aspetti, sono state, io credo, esagerate. Tuttavolta la nostra legislazione, più razionale, ci aiuta a risolverle. Ne daremo i tratti principali.

a. Il garante può appellare contro l'attore principale se il garantito ha subìto condanna.

Se si trattasse di *garanzia formale*, non ci sarebbe dubbio o questione. Una volta prestata la *garanzia formale*, il garante è il vero e solo interessato, anche di fronte all'attor principale (V. *Annotazioni* all'articolo 198). Ma in caso di *garanzia semplice* si può domandare quale azione vanti il garante contro di esso, e se il rapporto giuridico, nucleo dell'interesse appellatorio, non sia piuttosto ristretto fra lui

e il garantito? Questa di fatti parve al Chauveau ragione decisiva tanto che negò colla maggiore risolutezza il diritto di appellare al garante (in Carré, quest. 1581, quat.) Ma egli ha dovuto confessare che tutta la giurisprudenza gli sta contro, recando lealmente in gran numero decisioni che condannano la sua dottrina. Il garante già ammesso in causa ha un verace e non disputabile interesse per appellare.

b) *L'attore principale è tenuto a notificare l'atto d'appello e chiamare nel secondo giudizio anche il garante.* Discordiamo pure in questo dal Chauveau e dalla giurisprudenza francese, che è in massima favorevole alla sua tesi. Noi siamo indotti a tal conclusione dalla evidente disposizione del nostro articolo 469.

c) *Il garantito che ha perduto in faccia all'attore principale, ma ha ottenuto che il terzo gli rimanga garante, interpone appello contro il primo.*

Ciò è naturale, perchè il suo interesse è limitato a quella parte della sentenza che gli inferisce il gravame. Il garante può appellare dal canto suo e nell'interesse proprio.

d) *Dell'effetto della rispettiva decadenza del garante e del garantito dal diritto d'appellare.* Decorrendo il termine dell'appello dalla notificazione della sentenza, potrebb'essere già consumato per il garantito e non per il garante, o viceversa.

Ma poichè è stato ritenuto sopra a) b) che il garante può interporre appello per conto proprio, eziandio contro l'attore principale, per respingere non solo la pretesa azione di rilievo, ma anche la principale domanda, è palese che nel primo caso l'appello del garante torna utile similmente al garantito che dev'essere citato in appello. Ciò s'intenda del puro e semplice decorso del termine, altro sarebbe se il garantito avesse accettata la sentenza. Allora il garante può tuttavia appellare, ma la vittoria da lui riportata non tornerebbe che a suo proprio vantaggio, per esimersi da ogni responsabilità, e non a vantaggio del garantito rimpetto all'attor principale.

All'incontro, se il terzo garante condannato al rilievo è decaduto dal diritto di appellare, la sola questione che viene a formarsi in appello è fra il convenuto e l'attore principale, il garante però, *quoad effectum*, sarà favorito dalla sentenza che pronunciasse, per esempio, la inesistenza del debito, in virtù del gravissimo disposto dell'articolo 471, num. 1.

e) *Il garante chiamato ma non ritenuto in causa non può appellare.* Per sè non ha interesse, non può rivestirsi dell'interesse del garantito per appellare contro il debitore principale, perchè rimase estraneo alla causa.

f) *Del garantito messo fuori di causa.* Ciò avviene nelle garanzie formali. Il garante è il vero e diretto contraddittore, come si disse, nondimeno se il garantito stima del suo interesse di persistere nel giudizio, più ancora se è costretto a rimanervi (articolo 198), mantiene ogni suo diritto tutelare e conservativo, e quindi anche quello di appellare.

g) *Se l'attore principale respinto dal primo giudicato decade dall'appello*, è chiaro che il garante è sciolto da ogni obbligazione rispetto al garantito. Se vi è difficoltà, nasce dal concorso di tre interessi che sono diversi, ed ora opposti ed ora conformi. Come questi tre interessi, di un attor principale, di un convenuto attore in garanzia, e di un terzo garante, si racchiudono in uno stesso giudizio, ne deriva che l'arena su cui si vengono combattendo è a questo effetto comune, quindi, nella rispettiva posizione e nel rispettivo interesse, comune è l'appello. Ma è questo medesimo interesse che, ora più esteso, ora più limitato, crea per forza ineluttabile delle cose quelle posizioni varie sulle quali abbiamo rivolto un momento lo sguardo.

Articolo 487.

L'appello incidentale è proposto con comparsa. Esso deve proporsi

Nella prima risposta anteriore all'iscrizione della causa a ruolo, nei procedimenti formali,

Nelle conclusioni prese alla prima udienza in cui si tratta la causa, nei procedimenti sommari

L'appello incidentale non è efficace se l'appello principale sia rigettato per essere stato proposto fuori termine, negli altri casi il rigetto dell'appello principale, o la rinunzia al medesimo, non pregiudica l'appello incidentale.

Annotazioni.

1. **Precedenti storici.** — Aperte le porte del secondo giudizio mediante l'appellazione, si fa lecito l'ingresso si allo stesso appellato per chiedere egli pure quelle riforme che sti-

mezzo necessario, che si conforti dall'appellante onde valersi dell'appello interposto. Quello è l'*appello incidente*, questo è l'*appello adesivo*. « Sancimus itaque si appellator semel « in judicium venerit et causas appellationis « suae proposuerit, *habere licentiam et adver-* « *sarium ejus, si quid judicatis opponere vo-* « *luerit*, si praesto fuerit, hoc facere, et judi- « cialis mereri praesidium. Sin autem absens « fuerit, nihilominus judicem per suum vigo- « rem, ejus partes adimplere ». Così Giustiniano nella Legge 39 de appel. et consult. poneva il fondamento di questo istituto, che più volontieri si nomò dapprima *appello per adesione*, quasi il diritto dell'appellato di reagire per parte sua *adhaereret* o fosse congiunto all'appello dell'avversario, come all'accusa si attacca la difesa, senza bisogno di ulteriore provocazione. Voet, lib. XLIX, tit. 1, 4, onde il Deluca « appellatus potest adhaereri appel- « lationi ».

Ciò quanto al principio. Collo svolgersi della pratica, e secondo che la esperienza venne a dar così meglio delineando i contorni dell'esercizio appellatorio, gli accidenti di modo e di tempo variarono. Quello che non è senza interesse storico, gli è che in legislazioni assai prossime, e in quella del Piemonte segnatamente, emerge che la estensione e il carattere dell'appello misurava allo stesso appellato il campo della opposizione, cioè in una stretta relazione coi capi impugnati.

Incontrastata la base del diritto, di due cose si occuparono i legislatori moderni: *della forma dell'appello* che cominciò a chiamarsi *incidente*, perchè occasionato dall'appello contrario che si chiamò principale, *dei termini per introdurlo*. Evidente che non poteva l'appellato costringersi a quel periodo ch'era prescritto all'appellante, quindi fu per l'art. 443 del Codice civile francese sancito che l'appellato poteva in ogni tempo proporre l'appello incidente in *qualunque stato di causa*, malgrado avesse notificata la sentenza senz'alcuna protesta.

2. *Sul contenuto dell'appello incidentale*.

Ora è statuito con molta semplicità che l'appello incidentale si propone *con comparsa*. Non si trova decretato altro rito, nè introdotte distinzioni relativamente *al contenuto di esso appello*. Intanto gli scrittori francesi pongono questo postulato, che l'appello incidente non si discerne dal principale se non *per l'anteriorità o posteriorità* (Carré, Pigeau, Boitard, tom. III, pag. 48; Talandier, num. 401; Chauveau in Carré, quest. 1571 bis, ecc.). Da ciò un altro teorema, che l'appello incidente non è *accessorio* (il che però deve intendersi con certe restrizioni, come fra breve diremo): *esso può essere un appello separato, distinto e suo proprio*.

Quindi scriveva il Poncet (*De l'appel*, numero 275): « L'appel incident peut être ou « *principal*, ou *accessoire*, suivant qu'il se di- « rige contre le même jugement attaqué par « l'appel originaire, ou qu'il se dirige contre « un autre jugement (un altro capo del giudi- « cato), *et en ce dernier cas il est principal*, « *non introductif* ». E l'autore non esita a dire che siffatto *appello principale non introduttivo* si propone nello stesso modo *per via incidente* (1). « Appare da ciò, osserva opportuna- « mente il commendator Pisanelli, che la « qualificazione dell'appello incidente non di- « pende punto dal merito del gravame. Quando « un appello è interposto dall'appellato, *sarà* « *sempre incidentale qualunque sia la parte* « *della causa sottoposta con esso al magistrato* « *superiore* (*Commentario*, vol. IV, 310) ».

Si risente di quel formalismo gretto e meschino, che omai comincia a dar volta quella specie di riscontro limitativo per cui l'appello incidentale doveva circoscriversi al soggetto del primo appello, a modificare il capo appellato in quanto fosse gravatorio per lo stesso appellante. Vediamone l'esempio. Io domandai con una sola istanza, ma per capi distinti, la rivendicazione del fondo *A* coi frutti, e la rivendicazione del fondo *B* pure coi frutti. Vinsi quanto al primo, ma i frutti non mi vennero aggiudicati. Perdei del tutto rispetto all'altro fondo. L'avversario mio interpose appello dal primo capo. Io proposi appello incidentale sulle altre parti del giudicato. Secondo la teoria che per noi si combatte, io non avrei potuto appellare incidentalmente che dal primo capo, domandando in riforma l'aggiudicazione dei frutti. Per contro noi diciamo che, *purchè sia espressamente chiesta la riparazione anche del secondo capo*, è sufficiente l'appello incidentale, che attaccandosi a quello già introdotto dall'avversario, fa in tutto l'ufficio di un appello principale, per cui la intiera causa è portata al giudice d'appello.

3. *Del termine per l'appello incidentale*.

Sanzionando questa teoria, il capoverso del-

(1) *Tale incidente non ha alcun rapporto cogli incidenti propriamente detti, enumerati nell'art. 181 e seg. Esso prende la sua denominazione non in relazione allo stesso giudizio e come un giudizio subalterno, ma in relazione all'atto introduttivo della causa d'appello.*

l'articolo 485 aggiunge che l'appello incidentale può esser proposto anche *quando sia scaduto il termine per l'appello principale.*

Non può negarsi che, per quello che si noterà fra poco, più cauto sarebbe stato l'attore o il convenuto appellando in via principale da quelle parti della sentenza che gli furono contrarie. La legge però è perfettamente logica, accordando termini ulteriori all'appello incidente, per ragione, come avvisano gli autori, di necessaria posteriorità. Non si dà incidente se un giudizio principale non è radicato. Talvolta l'appello principale non sarebbe possibile. Tizio domandò il pagamento d'una somma, Caio, convenuto, opponendo di non avere il debito, promosse domanda incidentale nel primo giudizio onde fosse ammessa la prescrizione dell'azione. La sentenza rigettò, con distinta disposizione, questa domanda, ma nello stesso tempo rigettò anche quella del pagamento. Caio appella da questa parte della sentenza, è ragione che Tizio appelli dall'altra, ma prima non avrebbe potuto farlo. Per dir tutto in uno, la legge, visto risorgere il problema della questione giudicata in primo grado, rimette le parti nello stato di reciproca libertà; non ammette acquiescenza a danno di colui che non appellò nel termine designato, perchè lo abbia fatto il suo contraddittore. E in questo considera che se, per amore di pace, e ad evitar nuove contese, si subiscono anche talora sentenze ingiuste, la disfida stessa dell'avversario vi dà il diritto di riprendere le ostilità, permettetemi la frase guerresca, su tutta la linea.

Questi discorsi giustificano il nuovo termine, e ne mostrano il bisogno. Il limite del termine è divisato nei primi due numeri di questo articolo.

4. *Della caduta dell'appello incidentale.*

Quali ragioni hanno determinato l'ultimo periodo, la cui redazione è veramente inappuntabile?

L'appello incidentale cade se il principale fu proposto fuori di termine.

La ragione si è che non vi fu mai appello e i *giudici non furono mai investiti di giurisdizione per sindacare la prima sentenza*, che era passata inesorabilmente in giudicato.

a) *Se l'appello è rigettato per altri motivi, non pregiudica all'appello incidentale.*

Un appello nullo ed effettivamente annullato per inosservanza di forme, o per altro motivo qualunque che non sia di tardività, lascia incolume l'appello incidentale.

Ciò dimostra essere questo un *diritto sostanziale sussistente per se stesso ogni volta che i giudici siano stati investiti di giurisdizione per conoscere della causa.* Ripeto il principio perchè ci dà la chiave delle differenze, la cui ragione a primo aspetto non appare. Anche gli atti nulli hanno capacità attributiva di giurisdizione, perchè esistono e hanno d'uopo appunto dell'esercizio effettivo della giurisdizione per esser dichiarati tali. Non altrimenti si dirà se l'appello perisce *per deserzione.* La deserzione implica un abbandono successivo, ma la sua apparizione fu legittima, e per essa la giurisdizione fu messa ad atto.

Fermo che la *deserzione dell'appello principale non fa cadere l'appello incidente* (il che oltre l'appoggio della ragione ha pur quello della legge positiva), io credo dovermi associare a ciò che insegna su questo punto il Pisanelli: « Se però la deserzione dell'appello « principale fu pronunziata quando anche l'ap« pellato fosse in tempo per proporre un ap« pello incidente, ei nol potrebbe, perchè « l'ufficio del magistrato e il giudizio d'appello « si troverebbero esauriti » (*Comment.*, vol. IV, pag. 237). Io dedussi la sostanzialità dell'appello incidente dal suo proprio carattere, sempre eccettuata la *questione di tempo.* La introduzione dell'appello principale, e la sua introduzione in tempo debito, fanno che l'appello incidente abbia una esistenza che poscia non dipende dalla conservazione dello stesso appello principale. *Ma se questo fu già dichiarato deserto prima del nascimento dell'appello incidente*, mancò, a così dire, il terreno su cui posarsi, mancò la base.

b) Poche parole *sulla rinunzia.*

In presenza di un testo così chiaro basterà osservare l'effetto della rinunzia dell'appellante *anteriore alla domanda di appello incidentale.* Potrei citare una folla di autori per concludere che *se l'appello incidentale non è introdotto*, non può più aver luogo, e non resta che provocare in via principale se c'è ancor tempo. Le ragioni sono quelle stesse che io toccai di sopra, e non avrei che a ripeterle.

Se appello incidente possa mai prodursi dopo la iscrizione in ruolo.

(Articoli 487 e 174).

I. « L'appello incidentale (dice quell'arti« colo) è proposto... nelle conclusioni prese « alla prima udienza in cui si tratta la causa, « nei procedimenti sommarii ».

Poteva nascer dubbio se lo aver prodotto documenti e proposte difese di merito senza riserva, tornasse nocivo al diritto d'interporre

più tardi, cioè all'udienza, l'appello incidente.

La corte d'appello di Napoli sciolse valentemente il dubbio a favore della libertà dell'appello, osservando « nell'articolo 487 non è « detto che la stessa appellazione per incidente nei giudizi sommari debba proporsi « innanzi a qualsiasi difesa, ossia nella prima « risposta all'appellazione principale, ma sibbene sino alla conclusioni all'udienza, in guisa « che s'intimino o pur no atti che non sono « vietati innanzi ad esse conclusioni: non è « perciò ristretto il termine per appellare per « incidente » (sentenza del 16 luglio 1866, *Giurisprudenza italiana*, col. 343, 344, Torino, 1866).

2. Nel *procedimento formale* l'appello incidentale deve proporsi « nella prima risposta « anteriore alla iscrizione della causa in ruolo ».

Ma la *iscrizione in ruolo* non è che provvisoria se la parte alla quale è notificata, sente il bisogno o la velleità di scrivere ancora e di mandar fuori un'altra difesa (articolo 174). La iscrizione in ruolo si annienta rispetto agli effetti giuridici che sono annessi a questo momento della procedura quando la contraria parte risponde. Questa considerazione formò argomento di difesa a un Tizio che aveva prodotto appello incidentale quindici *giorni dopo la iscrizione in ruolo*.

Giustamente la corte d'appello di Napoli (27 luglio 1866, *Giurisprudenza italiana*, col. 381, Giuriati) dichiarò inammissibile l'appello incidentale. Vero è che la iscrizione *rimase ferma*, e non fu surrogata da altra iscrizione, secondo narra la sentenza, e questa circostanza speciale faceva assai peggiore la causa dell'appellante.

La ipotesi però potrebbe spingersi più oltre, ma per quanto si volesse comporre favorevole, non gioverebbe mai a mettere in essere un appello incidentale dopo l'iscrizione in ruolo.

Può fingersi che l'appellato dopo la citazione e costituzione del procuratore, si rimanga silenzioso, non risponda alla comparsa difensiva dell'attore, subisca passivamente la iscrizione in ruolo. Egli dunque non ha recato a se stesso verun pregiudizio, non può dirsi essersi mostrato contento della sentenza. Appresso la iscrizione in ruolo egli profitta del favore dell'articolo 174, e dentro quindici giorni risponde, ma risponde solo per appellare incidentalmente, per appellare cioè da quella parte della sentenza che reputa per lui gravante, chiedendone nel resto la conferma.

Un somigliante sistema sarebbe in opposizione collo spirito e colla lettera della legge. Collo spirito. Se l'appello incidente può farsi *oltre i termini dell'appello principale*, ciò è giusto, è necessario, poichè occasionato e mosso dall'appello principale, una onesta comodità di tempo deve concedersi e maturarne il concetto, e proporlo. Quello spazio che passa dal *termine della citazione* alla prima difesa del convenuto, che nei giudizi formali è di giorni quindici (articolo 161), è tale che la legge reputa e vuole sufficiente alla presentazione dell'appello incidentale.

Se al di là di questo spazio, sino alla iscrizione in ruolo ed oltre ancora, e sino a provocare una seconda iscrizione, fosse permesso di presentare un appello incidente, tutta la economia dei termini sarebbe turbata, e la legge stessa offesa nel proposito suo. La condizione dell'appellante principale si farebbe deteriore; egli non sarebbe mai sicuro intorno ai disegni del suo avversario. La legge ha saggiamente predisposto che *nella prima comparsa avanti la iscrizione in ruolo* si proponga l'appello incidente, acciocchè sino da quel punto la materia del giudizio si offra piena alla discussione scritta, e l'appellante abbia per combattere la pretesa dell'appellato, a sua volta appellante, quei comodi intervalli e quella facoltà di esaminare e svolgere le sue eccezioni, che sono propri del giudizio formale. Per qual ragione si dovrebbe riaprire il ruolo a favore di questo infingardo litigante che non può certo dolersi nè che il tempo gli sia mancato, nè che la legge non abbia parlato un linguaggio abbastanza preciso? Ciò che fu nella mente del legislatore una proroga necessaria del termine ordinario dell'appello, nella sua portata eccessiva non rappresenterebbe che il disordine, poichè autorizzerebbe un atto di appello, iniziale di natura sua, dopo tutti i termini della istruzione scritta.

La lettera della legge è precisa. La iscrizione in ruolo è il fatto complementare della stessa istruzione scritta. La *iscrizione rinnovata* non può mai contemplarsi dall'appellante per incidente, come termine a regolare il fatto suo, sia perchè il rinnovamento della iscrizione è meramente accidentale, sia perchè non dipenderebbe da lui il far nascere questo avvenimento. O risponderebbe nel merito, insistendo per la conferma della sentenza, e con ciò rinunzierebbe alla facoltà dell'appello incidente; o si limiterebbe allo stesso appello incidentale, egli avrebbe dietro di lui la iscrizione in ruolo che non potrebbe cancellare, perchè non può dipendere da colui che ha lasciato verificare la condizione estintiva, togliere di mezzo il fatto compiuto che segna la decadenza del suo diritto.

Articolo 488.

L'adesione indicata nell'articolo 470 si fa per comparsa, nel termine stabilito per rispondere all'atto di appello, o alla prima udienza in cui è trattata la causa, secondo la natura del procedimento.

Annotazioni.

1. L'*appello incidentale* ha un carattere evidentemente riconvenzionale; l'appellato reagisce e diviene a sua volta appellante, e così si ricostituiscono, più o meno, le posizioni che le parti mantenevano l'una contro l'altra nel primo giudizio. Ha un altro carattere l'*appello adesivo*. Resta immutabile la materia dell'appello, l'appellato non reagisce, ma invece *si aumenta il numero degli appellanti* che si vengono giovando dell'appello altrui, secondo la facoltà attribuita dall'art. 470. L'appellante colla sua citazione e cogli atti occorrenti ha fatto, per così dire, la strada; ha aperto lo sbocco per cui anche altri interessati possono passare *quia per appellationem principalem jam suspensa est sententia, et omnibus, quibus gravamen allatum, via aperta est ut non sit opus alia appellatione* (ARECCLESIA, observ. 24, num. 3).

La utilità dell'appello adesivo consiste più nel modo e nella forma che nella sostanza; perchè trascorsi i termini ordinarii dell'appellazione, e in una maniera facile ed economica, si può entrare nel giudizio e dir le proprie ragioni contro la sentenza. Ma la forma, come sempre, conferisce alla sostanza, poichè diversamente sarebbe interdetto il combattere la sentenza per proprio conto; e quando poi non si potesse allegare quell'interesse più forte ed essenziale, che è singolarmente protetto dall'art. 471, il difetto dell'appello, o principale o adesivo, indurrebbe l'accettazione della sentenza.

2. La base dell'appello adesivo è la comunanza dell'interesse, e di quale natura e come si differenzi da quello considerato nell'articolo successivo, fu per noi spiegato all'articolo 470. Qui l'interesse comune è inteso in largo modo, l'avere propugnata insieme la contesa del primo giudizio con mezzi forse diversi, però non discordi, l'interesse che tutti dividiamo per abbattere la sentenza, costituisce un vincolo sufficiente per l'appello adesivo.

3. Bisogna però riflettere che l'appello adesivo ha molto minore ampiezza dell'appello incidente. L'appello adesivo, come suona la parola, *è l'associazione ad un appello che preesiste*, e non può avere una portata maggiore (corte di Torino, 11 luglio 1849, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. II, pag. 305). Quindi se l'appello principale è ristretto ad un solo capo della sentenza, l'adesivo non abbraccia altri capi, solo vi si estende in quanto l'appello fondamentale vi si può estendere, cioè in quanto i vari capi della sentenza siano tra loro dipendenti e connessi (corte di Casale, 12 gennaio 1849, Bettini, part. II, pag. 614).

Articolo 489.

Quando l'appellante non abbia fatto il deposito della sentenza, degli atti del primo giudizio, e del mandato, nel termine e in conformità dell'articolo 158, l'autorità giudiziaria, sulla domanda dell'appellato comparso nel termine della citazione, rigetta l'appello.

Lo stesso ha luogo quando l'appellante non sia comparso all'udienza stabilita nella citazione, se questa sia in via sommaria, o, comparendo, non abbia presentato i documenti sopra indicati.

Quando l'appello sia proposto dalla parte a cui l'altro abbia fatto notificare la sentenza, basta il deposito della copia notificata.

Annotazioni.

1. Le obbligazioni imposte all'appellante nel primo periodo sono complesse; la mancanza di una delle tre condizioni quivi enunciate dà luogo alla *reiezione dell'appello*. Adempite cotali formalità, l'appello, nelle *cause ordinarie o di procedimento formale*, è radicato

Allora si ha diritto che le ragioni che opponiamo alla sentenza siano prese in esame. Se invece il *giudizio è sommario*, bisogna presentarsi all'udienza fissata nella citazione e produrre inoltre i *documenti indicati*, se non si fossero già prodotti innanzi.

Qui mi è opportuno osservare, che la indagine che ha diritto di priorità è sempre quella — *se l'appello sia stato proposto nel termine prescritto*. Questa invocazione del magistrato superiore in tempo debito, lo investe di giurisdizione che altrimenti non avrebbe. Anche esaminando le condizioni preliminari dell'appellazione interposta, il magistrato di appello fa atto di giurisdizione e conosce dell'appellazione. Se non che egli restringe la sua prima indagine su questo punto, per sapere se la discussione sul merito possa aver luogo.

2. Poichè qui si parla di procedimento ordinario e di procedimento sommario in appello, giova ricordare le disposizioni relative.

L'articolo 389 dichiara per quali cause avanti i tribunali civili e le corti d'appello si forma il procedimento sommario. La disposizione generale abbraccia anche i giudizi d'appello. Nei due primi numeri di quell'articolo questo rito è prescritto. Nel terzo è data larghissima autorità al presidente. Io credo perciò che il presidente d'appello non sia veramente legato da veruna legge, dei due primi casi in fuori, ma sono convinto essere conforme allo spirito del Codice, che in appello si prosegua nella forma adottata nel primo giudizio, che si suol ritenere analoga alla qualità della controversia. Trovo per altro che, abolito l'articolo 543 del Codice Sardo questa regola cessò di essere obbligatoria.

È noto che avanti i tribunali di commercio il *procedimento formale* è meno ampio, tuttavia si distingue tri pure dal *sommario* che vieppiù si restringe (art. 393 e seg., art. 411 e seg. Non occorre osservare che le pratiche iniziali ordinate in questo articolo sono pure compatibili avanti il tribunale di commercio in grado d'appello.

Siamo fatti accorti che più non domina il rigoroso principio che imponeva la ripetizione delle stesse forme di procedimento in appello, come io osservava testè. Si è lasciata una certa maggior discrezione ai giudici della causa; sono diminuiti i pericoli e le nullità. Talvolta si vede adottato in prima istanza, col consenso delle parti, spinte da un comune desiderio di far presto, un rito poco conforme alla gravità della controversia; e non deve imporsi come una convenzione irretrattabile, o come una legge d'ordine, al giudice d'appello. È però stata conservata e nuovamente proclamata la facoltà di mutare, ove occorra, in formale il giudizio sommario fino ad un certo punto osservato (art. 391).

3. Premessi i quali richiami, dico che il rigetto richiede sempre una domanda della parte cui interessa, e non può essere decretata d'ufficio. Può talvolta convenire all'appellato di proseguire la causa, o per correggere certi difetti della sentenza, o per ottenere certi vantaggi dalla seconda decisione, o per altre viste. Egli stesso può supplire alle mancanze dell'appellante. Si presenta il dubbio, ove *dopo avere trattato il merito nelle difese*, l'appellato si risolva a domandare la diserzione dell'appello. La Rota (i cui responsi saranno venerabili in tutti i tempi) la legislazione ideotica, non accolse mai la domanda di diserzione di appello, dopo la trattazione del merito di accordo e senza riserva, ostando il quasi contratto giudiziale. Se una nullità non è pronunciabile d'uffizio, generalmente parlando, non è considerata d'ordine pubblico. In realtà il tribunale non pronunzia d'uffizio se non la inomissione dell'appello interposto fuori di termine, come già si è detto. La contestazione nel merito sana il difetto delle produzioni che avrebbero dovuto farsi. Una sentenza della cassazione di Firenze 22 giugno 1871 (I. 207) stabilì che l'appellato che ha contestata la lite, non può domandare la diserzione dell'appello per difetto di mandato.

4. Condizione all'esercizio di codesto diritto è la *comparsa dell'appellato nel termine della citazione*, e per corrispondente, la comparsa all'udienza fissata nei giudizi sommari. Il contumace perde il diritto all'eccezione perchè non può pretendere al premio dei diligenti. Ulteriore argomento a dimostrare non essere eccezione d'ordine pubblico (1).

5. L'appellante che non ha soddisfatto alle prescrizioni di questo articolo producendo gli atti che la legge reputa necessari, non decade però immediatamente dall'appello, secondo quello che si è detto. Egli può supplire al difetto in tempo posteriore purchè lo faccia prima che l'appellato comparso nel termine, abbia domandato che l'appello venga rigettato. Così decise la corte di cassazione di Firenze nel 28 giugno 1868 (*Annali di Giurispru-*

(1) Le regole della contumacia hanno luogo anche nel giudizio d'appello.

denza, detto anno, p. I, pag. 101). *Re adhuc integra* si può evitare una decadenza che non è pronunciata dalla legge, ma richiede il fatto dell'uomo che ne eccita la pronuncia a regola di principii già noti alla giurisprudenza, e applicabili in molti altri casi. Parve discordante la cassazione di Torino (12 maggio 1871, *Annali*, p. 171). Ma non vi ha ragione per preferire questa massima in confronto della più mite e anche più legale.

6. La istanza di rigetto dell'appello si propone regolarmente da sè, indipendentemente dal merito, e in forma sommaria; ma non con quella degl'incidenti come alcuno creda, formando veramente un merito distinto.

7. La disciplina forense è di frequente agitata sulla intelligenza di questa legge interessante, e in effetto, quantunque la lettera sembri prescrivere la esibizione di *tutti gli atti del primo giudizio*, la giurisprudenza, inspirandosi alla mente del legislatore, decide che *basta produrre gli atti necessari*. Fra molte decisioni della corte regolatrice è osservabile quella del 28 giugno 1865. Il seguente brano può valere una teoria. « Atte-
« sochè la disposizione dell'articolo 516 con-
« forme al presente, per il quale l'appellante
« deve sotto pena di decadenza depositare in
« un dato termine gli atti del primo giudizio,
« non può, senza falsarne lo spirito e ridurla
« ad un irragionevole rigorismo, essere intesa
« nel senso che di tutti indistintamente gli
« atti del primo giudizio venga fatto il depo-
« sito, e perciò anche di quelli che non possono
« servire che d'inutile ingombro. In quella
« vece, seguendo la chiara intenzione della
« legge comminata colla massima che in ma-
« teria di decadenza debba prevalere la inter-
« pretazione restrittiva, si è nella giurispru-
« denza di questa corte suprema costante-
« mente tenuto per fermo, che ad evitare la
« pena di decadenza comminata dall'articolo,
« *basti il deposito di quegli atti e documenti*
« *che siano indispensabili a porre i giudici di*
« *appello in grado di decidere la causa innanzi*
« *ad essi portata, e propriamente quei punti*
« *soli di questione sui quali sono chiamati a*
« *pronunziare*. Così pure fu sempre dichiarato
« non potersi esigere la riproduzione di quei
« documenti e quegli atti il cui tenore sia pa-
« cifico fra le parti o venga indubbiamente
« constatato dalla sentenza cadente in ap-
« pello » (Relazione Gazzaniga; *Gazzetta dei Tribunali*, anno 1865, vol. I, pag. 202).

—

Sulla reiezione o deserzione dell'appello.

—

Le considerazioni che seguono, aggiunte alle altre edizioni, sono ripetute attesa la opportunità che ancora conservano.

I.

L'articolo 489 è stato fecondo di questioni, si può dire che se n'è parlato troppo per essere una buona legge. Ma già qualcuno dei suoi sensi problematici è stato messo in piena luce dalla giurisprudenza, uno è il seguente.

La cassazione di Torino ha stabilito in una magistrale sentenza del 2 aprile 1867 (*Monitore dei Tribunali*, num. 20) che *gli atti del primo giudizio* che l'appellante deve produrre a pena di reiezione dell'appello (deserzione) sono quelli *dello stesso appellante*, ossia i suoi propri. L'appartenenza del documento è determinata dalla produzione. L'autore della prova si ritiene il proprietario dell'atto per l'effetto della esibizione in appello, a parte il grado di utilità che all'uno e all'altro dei contendenti sia per derivarne. Quindi non tocca all'appellante il produrre il verbale di esami assunti ad istanza contraria.

Concordano altre sentenze della corte suprema di Torino, 20 maggio 1867 (*Monitore*, num. 14), 31 luglio 1866 (*La Legge*, num. 89), 2 maggio 1866 (Id., num. 53); cassazione di Firenze, 18 marzo 1867 (*Ann.*, num. 30), ecc.

II.

Dopo ciò viene la questione della *influenza del documento*.

La *influenza* è un rapporto di fatto la cui cognizione è nel dominio esclusivo del magistrato d'appello. Quando sorge disputa, esso è obbligato a darne i motivi. La cassazione annulla il giudicato per difetto di motivi (cassazione di Torino, 20 maggio 1867, *Monitore dei Tribunali*, num. 14, 18 marzo 1867, *La Legge*, num. 30). La motivazione per le sentenze che sottostanno al sindacato della corte suprema, non solo è necessaria per adempiere ad un fine generale della legge, ma eziandio per offrire materia al sindacato medesimo che non potrebbe altrimenti esercitarsi.

III.

Se l'appellante che, rimasto contumace, non adempì alle prescrizioni dell'articolo 489, comparendo dopo quel termine, e prima

della sentenza, debba essere ascoltato nelle sue difese sul merito della interposta appellazione.

È un quesito che si sta ancora discutendo con molto interesse fra dotti uomini del fôro, e combattendo, useró questa frase, fra onorevoli e gravissimi magistrati.

Contro il proposto si annuncia la giurisprudenza della corte di Brescia in una dotta sentenza del 12 dicembre 1866, lavoro dell'illustre consigliere Biagi (*Monitore dei Tribunali*, 1867, num. 10). La prima sezione della corte di Napoli e la corte di Milano si proferirono nello stesso senso, e quantunque la corte suprema di Torino non abbia avuto ancora occasione di risolvere la controversia nei precisi termini del quesito, è però costante la sua giurisprudenza nel ritenere che la produzione fatta dall'appellante dopo il termine, segnatamente se l'altra parte già propose la eccezione di decadenza, non possa giovargli (1).

La opposta sentenza fu professata in altra decisione dalla corte di Milano (6 aprile 1867, *Monitore dei Tribunali*, num. 18), dall'altra sezione della corte di Napoli (4 marzo 1867), dalla corte di Casale (8 gennaio 1866, *Giurisprudenza*, tom. III, pag. 457); e pure dalla corte di Napoli nel 9 marzo 1867 (*Gazzetta del Procur.*, *Monitore dei Tribunali*, num. 18). Oltre ciò verrebbe a porsi da questo lato in tutto il suo peso l'autorità del comm. Vacca, giureconsulto sommo, che tanta parte ebbe nella legislazione, il quale questa medesima opinione espresse, certo ad intento, nel suo discorso d'inaugurazione alla corte suprema di Napoli (2).

Fondamentale supposito del quesito è la *contumacia dell'appellante*; quindi la relazione all'articolo 380 e lo studio della sua applicazione nel presente caso. È inutile dopo ciò domandare se questo appellante abbia prodotto gli atti del primo giudizio, o il suo procuratore abbia prodotto il mandato. L'appellante non è comparso per mezzo di procuratore come avrebbe dovuto, ha lanciata la citazione e poi è sparito.

Gli egregi propugnatori del secondo sistema dicono che questa è una posizione preveduta dalla legge. L'articolo 380 ci avvisa che l'attore si rende contumace quando nelle cause formali non costituisce procuratore. L'art. 386 contemplando in una sola disposizione la contumacia dell'attore e del convenuto, dice che in ogni caso, anche di dichiarata contumacia (e noi aggiungeremo, quantunque non competa diritto di opposizione), *il contumace può comparire e produrre le sue ragioni sino alla sentenza definitiva.*

Questa regola, questo beneficio accordato al contumace benchè volontario, questo favore della difesa, indubitato e certo nel giudizio di primo grado, perchè non dovrebbe avere uguale significazione in grado d'appello? Forse l'articolo 386 è ristretto ai giudizi di primo grado, o piuttosto la sua applicazione non è per se stessa estensibile e comprensiva del secondo grado, poichè scorgesi anche dall'epigrafe del capo I del tit. IV, che tutto questo procedimento è fatto *pei tribunali civili e per le corti d'appello?*

L'argomento così saldamente stabilito acquista maggior forza in appello in ragione del maggior interesse che racchiude e della sua maggior gravità.

Ma cominciano le difficoltà. La lettera dell'articolo 489 ordina certe operazioni da farsi entro un termine, e non facendosi, vuole *che si rigetti l'appello.* Si risponde, che la decadenza o nullità non è espressamente comminata dalla legge.

A quelli che oppongono l'articolo 480 fanno osservare che il caso è molto diverso; e in questo hanno ragione.

Rigettano pure, non senza ragione, l'argomento d'analogia tratto dall'articolo 466, ov'è detto che i termini ad interporre appello sono perentorii, e la decadenza si effettua di diritto.

L'appellante contumace, al suo comparire, riassume la facoltà che ad ogni altro nella posizione sua compete, di discutere anche del merito della questione, ossia di completamente difendersi contro la sentenza. E che altro mai è lo scopo dell'appello? Non è vero adunque che accordandosi a questo contumace il beneficio della difesa, egli dovesse restringersi a patire sulla materia del prodotto e proseguito regolare appello, quasichè per un *gius* acqui-

(1) Qualche volta si è spinta la massima sino ad un rigore veramente estremo. Nella sentenza del 27 luglio 1865, relatore Cassaniga (*La Legge* 1866, num. 8), si disse che il difetto di esibizione della sentenza per parte dell'appellante era irreparabile, avvegnachè la sentenza stessa si producesse dall'appellato, integrando gli atti. Nel che, sia detto con tutto il rispetto, non si può convenire.

(2) Il chiarissimo avvocato napoletano Aniello Vascia dettò un elegante articolo stampato nell'ottimo giornale la *Gazzetta del procuratore*, sostenendo quest'ultima opinione.

atto al convenuto dell'articolo 168 venisse così a limitarsi il cerchio della contesa (1).

Vero è che la legge ha prescritto termini e cautele all'atto di appellazione perchè le liti non si protraggano oltre misura, ma nel costante presupposto della probabilità dell'errore, domina la ragione del diritto e l'interesse della difesa che si presume meglio tutelata da magistrati di ordine superiore.

Oltrechè il difetto del deposito nel termine prefisso non va immune da pena. E sarebbe, che in causa appunto di non aver fatto questo deposito, l'appellante non potrebbe più produrre nuovi documenti, se l'altra parte ne facesse istanza, e ciò pel disposto degli art. 175 e 176 (2).

L'esimio giureconsulto, ex-ministro, a quanto scorgesi dal brano recato (3), venne sul dire che l'articolo 489 fu informato a questo spirito. È già molto: nondimeno, avendo egli stesso dichiarato di *non poter intraprendere in quel luogo una seria disamina della questione* che per tale egli riconosce, non vi resta altro argomento (in vero grandissimo), che quello dell'autorità sua.

Fin qui le considerazioni contrarie.

—

Veniamo al sistema inverso al quale io porto il tributo del mio debole suffragio. Io mi varrò dei gravi argomenti dedotti dalla corte di Brescia, e altri aggiungerò per conto mio.

L'articolo 386 non ha quella estensione che gli si è voluto attribuire, e in ciò, io credo, consiste il vizio radicale del contrario ragionamento. L'articolo 386 ha il suo correttivo in se stesso. *Il contumace può comparire e dedurre le sue ragioni sino alla sentenza definitiva*, ma, proseguiamo la lettura, *avranno effetto le altre sentenze già pronunciate nel giudizio, contro le quali non fossero più ammessibili i mezzi accordati dalla legge per impugnarli*.

Lungi adunque che la equità onde s'inspira questa disposizione, così favorevole alla difesa, abbia un'efficacia senza limiti sino nel primo o nel secondo giudizio, col dichiarare inviolabili le sentenze già passate in giudicato, professa il più alto rispetto ai diritti quesiti.

Questa esuberanza di difesa, ripetiamolo, muove da uno spirito di equità che onora il legislatore, ma gli farebbe assai torto se dovesse accordarsi a spese della giustizia. Volgendo rapidamente lo sguardo sulla condizione del contumace, noi scorgiamo tosto che i riguardi dovuti alla sua difesa e necessari, sono con molta cura osservati, e nulla mancherebbe a questa sua legittima facoltà, dato anche lo stato delle cose fosse tale che non gli permettesse di approfittare dei vantaggi che ulteriormente gli concede l'articolo 386.

Proviamo le proposizioni.

Il primo moto della legge è quello di considerare nel contumace un uomo che, quantunque chiamato, non ha potuto presentarsi in giudizio per causa a lui non imputabile, perchè non ebbe scienza dell'invito giudiziale, onde la legge raddoppia le diligenze per una più esatta e più certa comunicazione. Ordina che la citazione sia rinnovata (articolo 382), qualora non consti che la citazione sia stata proprio consegnata in mano sua. Il rimedio della geminata citazione, per cui si schiva la imbarazzante prolissità della *opposizione*, è di una saggezza di cui vuole tener conto al moderno legislatore, ma il fatto è che alla libertà e difesa del convenuto è ben provveduto colla duplice chiamata, e in difetto, col diritto dell'opposizione. *Quod alteri prodest et tibi non nocet*, è, direi così, la divisa dell'art. 386. *Salve le posizioni di diritto anteriormente acquistate*, chi non è comparso può ancora venire: egli è accettato perchè la giustizia non chiude mai l'orecchio alle difese, sempre chè non si tenda a sconvolgere ciò ch'essa vuole assicurato, ciò che deve rimaner fermo.

Questi riflessi non sono inutili, per essi si dimostra, che se talvolta il contumace si trova impedito da quello stato di diritto che la sua stessa contumacia ha creato all'avversario, non perciò è turbato il suo diritto di difesa. Fu citato in *persona propria*? Fu citato due volte? La sua contumacia è volontaria. Fu male citato? Gli appartiene il mezzo di opposizione, può far annullare il giudizio.

Ora osserviamo lo stato di contumacia rispetto all'*attore*.

La contumacia dell'attore è sempre volontaria. E in verità non ha scusa. La legge difatti gli nega il beneficio del doppio monito e quello dell'opposizione: egli è dei litiganti colui che ha meno titoli per invocar favori. Se ne avesse, non sarebbero nella sua qualità di

(1) Vedremo più sotto essere il punto sostanziale della controversia.

(2) Sentenza della corte di Napoli del 9 marzo 1867. Confesso che non arrivo a ben comprendere questo discorso.

(3) Nel *Monitore dei Tribunali* citato, p. 11. Siamo grati alla diligenza onde ha voluto presentarci le parole dell'autorevole personaggio, che difficilmente avremmo potuto raccogliere altrove.

attore contumace, ma perchè contrariato da forza maggiore, non avrebbe potuto costituire procuratore, o personalmente comparire, ma niuna legge è inspirata dal presupposto di forza maggiore, e ciò che più facilmente si pensa di un attore che va contumace egli è, che abbia voluto intorbidare e frapporre studiosamente indugi.

Ora che abbiamo noi? Un appellante che manda una citazione e poi si ritira, cioè non incarica procuratore per lui, e niun procuratore si presenta, o in giudizio sommario lascia cadere l'udienza, ed egli non si fa vivo.

Ch'egli abbia mancato complessivamente e in una volta a tutti i doveri imposti alla sua condizione di appellante dall'articolo 489, è manifesto.

Si sostiene che questo appellante può risorger tuttavia, e nonostante il disposto dell'articolo 489 presentarsi e proporre le sue difese sul merito, valendosi del beneficio dell'articolo 388.

La posizione delle parti non può esser che questa. L'appellante non costituisce procuratore, all'incontro l'appellato costituisce procuratore e *domanda la reiezione dell'appello*, attesa la inosservanza dell'art. 489. Prima che sia deciso, l'appellante comparisce per mezzo di procuratore, produce gli atti, la sentenza, ecc., benchè fuori del termine prescritto dall'articolo 489, e insiste per essere ascoltato sul merito, facendo le sue deduzioni in proposito, ecc. Questa difatti è la specie quale accenna la corte di Napoli (sentenza 9 marzo 1867). La corte di Brescia giudicò di una posizione analoga. Giova rammentarla onde si possa esser chiari sullo stato del processo. *F* appellante aveva fatto destinare l'udienza in via sommaria, e a quella udienza niuno compare pel suo interesse. L'appellato *M*, visto che *F* non aveva in verun modo adempito agli obblighi dell'articolo 489, domandò che si pronunziasse la reiezione dell'appello. Nel giorno dopo (non pronunciata ancora la sentenza) l'appellante pretese, come dice la corte, di purgare la sua contumacia, invocò la disposizione dell'articolo 388, fece istanza acciocchè sospesa la deliberazione e prolazione della sentenza, venisse riaperta la discussione della causa, e fissata nuova udienza, come difatti si ottenne dal presidente.

Conviene aver presente questo stato del processo, onde i principii abbiano un'applicazione concreta, e non si valichi teoricamente il breve confine di questa specialità giudiziaria. Quanto il tema sia delicato, può vedersi al menomo cangiamento dello stato degli atti. Supponiamo, nel caso giudicato dalla corte di Brescia, l'appellato *non avesse opposta l'eccezione della decadenza*, ma invece avesse chiesta *la conferma della sentenza*, invitando così la corte al giudizio del merito, ed allora, per quello che vengo a dire, la conclusione sarebbe diversa.

La tesi per noi è questa. L'appellante che non adempie *nel termine prescritto* alle ingiunzioni ordinate dall'articolo 489 decade dall'appello, abbia o no costituito procuratore. Opposta la eccezione, quanto dire accettata dall'appellato la decadenza dall'avversario incorsa, il processo dell'appello è finito, e non si parla più del merito dell'appello (1).

L'appellante che si tenne contumace può esso, valendosi dell'articolo 388, *comparire e difendersi contro la istanza dell'appellato che domanda la reiezione dell'appello prima che sia pronunziata la sentenza?*

Rispondo sì, *ma allo scopo di difendersi sulla questione incidentale*, e non per riaprire la discussione del merito.

È questo precisamente il solo punto, per quanto a me sembra, sul quale cade il dissenso. Ne abbiamo veduto l'esempio nella specie giudicata dalla corte di Brescia. L'appellante contumace comparve, si difese, non gli fu imposto silenzio, ma ruppe nello scoglio della decadenza già incorsa, e nulla gli valse, nè potè afferrare la trattazione del merito, com'era l'intento suo.

E in ciò è tutto l'interesse del sistema da noi contraddetto. Penetrare nell'aula del tribunale alla vigilia della decisione sull'incidente, produrre *in qualunque tempo* il mandato, la sentenza, gli atti del primo giudizio, senzachè non avrebbe appoggio la sua censura, e passar oltre nel merito, come se l'articolo 489 avesse già avuto il pieno suo adempimento?

Ma ridotte le cose a questi termini, la controversia si viene spostando, e pare si allontani dal terreno della teorica contumaciale in cui si collocava da principio, perchè non si dice all'appellante, tu non puoi essere ascoltato a fronte della questione della decadenza, ma tu non puoi essere ascoltato *che nel giro ristretto dell'incidente*, e non puoi lanciarti

(1) La deserzione o decadenza dell'appello non si pronuncia d'ufficio, dev'essere domandata ed apposta, ma il *giudice non fa che dichiararla*.

nella difesa del merito, rovesciando nel salto gli ostacoli che alla prosecuzione del giudizio oppone la inosservanza dell'articolo 489.

Ora la questione ritorna e si condensa sulla importanza di quest'articolo. Se non inchiude comminatoria, se nulla importa che il processo d'appello abbia la voluta istruzione nel termine dell'articolo 158, o alla udienza, in processo sommario, gli opponenti hanno ragione: ove al contrario la decadenza sia incorsa, gli opponenti hanno torto.

Non occorre ripetere le ragioni per le quali quest'ultima proposizione ha il carattere della evidenza. L'appello virtualmente non esiste più: il giudice pronunciando la decadenza non fa che *dichiarare lo stato di diritto*, ed è obbligato a dichiararlo quando l'appellato, accettandolo, ne acquisti a se stesso il diritto che risale a quel momento dopo il quale l'appellante non potè più riparare al suo difetto. Il contumace presentandosi in un tempo qualunque, può riscattare il suo diritto alla difesa, *ma alla condizione che la causa sia ancora difendibile*, che non sia terminata. Ne segue logicamente, che al suo comparire trovando l'appellante ristretta la controversia al punto incidente che è nel tempo stesso decisivo della pendenza appellatoria, dovendo rispettare la fase in cui la questione era già entrata prima della sua comparsa, non può volare al merito, se non quando potesse superare la stretta che minaccia di toglergli, a dir così il respiro.

Di passo in passo siamo giunti a vedere che dalla interpretazione dell'articolo 489 tutto dipende. Io mantengo le osservazioni che intorno a questo articolo ho fatte nel commento; sono fermo nell'ossequio della giurisprudenza, rispetto le opinioni contrarie, ma per me l'articolo 489 non ha che una sola interpretazione. La comminatoria della decadenza o deserzione, poco importa il nome, è espressa colla formola: *se nel termine prescritto non saranno adempiute le ingiunzioni dell'articolo, rigetta l'appello*. Lo spirito della legge, per quanto a me par certo, non è meno manifesto. Abbreviare il corso del giudizio d'appello, obbligare l'appellante sui primi passi ad istruire per parte sua il processo, e perciò a preservarsi dagli effetti di una sentenza che lo colpisce inesorabilmente: gli sono imposti dei doveri imprescindibili tutte le procedure furono in questo severe; del resto se una legge d'ordine molto chiara potesse modificarsi, non lo sarebbe per favorire le studiate manovre di un litigante.

Articolo 490.

Nel giudizio di appello non si possono proporre domande nuove; se proposte, devono rigettarsi anche d'uffizio.

Possono domandarsi gl'interessi, i frutti, gli accessorii scaduti dopo la sentenza di prima istanza, e il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa.

Può proporsi la compensazione, e ogni altra eccezione alla domanda principale.

Possono dedursi nuove prove.

Annotazioni

1. In appello non sono ammesse *domande nuove*, ma sono ammesse nuove eccezioni, nuovi documenti, nuove difese. Il postulato è, *unità di oggetto, varietà di mezzi*. In ordine a quello il giudizio d'appello è continuativo, in ordine a questi è una battaglia che si rinnova e si combatte con tutte le armi.

2. L'argomento non può dirsi difficile, ma è fecondo di combinazioni e non agevole a presentarsi in uno stretto compendio. Tentiamo di comporre in serie alcuni canoni più rilevanti.

a) Nozione della nuova domanda.

La *domanda introduttiva* del giudizio si svolge nel corso *delle conclusioni* se il giudizio è ordinario, o si modifica all'udienza se il giudizio è sommario; e così riveduta e rettificata nelle varie esigenze dell'interesse, la domanda si porge al giudice come misura e forma della sua decisione. Qui parliamo delle conclusioni *petitorie*, non delle semplicemente *dimostrative*, le quali rientrano nella categoria dei mezzi. Nuova domanda è sempre quella che è diversa oggettivamente, sostanzialmente, cioè non per accessorio eccede la prima domanda.

Due difficoltà s'incontrano per apprezzare le *domande nuove* in appello 1° se non abbiano per avventura radice e ragione di essere

in conclusioni prese nel primo giudizio, 2° se non abbiano a caratterizzarsi piuttosto *per eccezione* o mezzi reattivi, che per vere ed obbiettive domande.

Avverto cosa abbastanza nota, che l'appellante non è tenuto a spiegare tutti i suoi mezzi nella citazione o nella prima comparsa d'appello (cassazione, 27 ottobre 1863, *Gazz. dei Tribunali*, pag. 208). Può presentarli successivamente riassumendoli nella definitiva o ultima conclusione a pena di vedersi opporre che le precedenti istanze furono abbandonate. Il tessuto del processo d'appello, salve le modificazioni che gli sono proprie, non differisce dal primo.

b) Delle domande virtualmente comprese in quelle formate in prima istanza o connesse.

Una istanza di separazione di patrimoni genericamente proposta può concretarsi in appello mediante l'effettiva divisione (Merlin, *Questions de droit*, v° *Appel*, § 14, Talandier, pag. 357, 358, cassazione francese, 17 ottobre 1809).

La domanda *di tutte le indennità di ragione* comprende virtualmente la restituzione del prezzo della vendita che per conseguenza può chiedersi in appello (cassazione, 21 fiorile, anno XII, *Journal Avoués*, tom. IX, pag. 60).

È virtualmente chiesto quello che è connesso o dipendente *ex necesse*. La domanda di demolizione è conseguenza della principale che si è fatta sull'avere l'avversario turbato il mio possesso di fabbricare sul mio terreno.

c) Domande accessorie.

Sono diverse da quelle or ora considerate perchè queste non sono veramente comprese in modo virtuale, e a dir così compenetrate nella prima, ma invece ne sono uno sviluppo ed una estensione.

Intorno a queste ci soccorre la precisione del testo (1° capoverso). È della natura dell'accessorio *seguire il principale*. La pronuncia sui frutti e interessi, scaduti *dopo la sentenza*, sono nella giurisdizione dei secondi giudici, non per quelli scaduti *ante libellum*, pei quali avendosi azione sin d'allora, avrebbero dovuto domandarsi almeno in modo generico.

E così dicasi dei *danni*. Se sono *anteriori*, se non furono chiesti, non possono domandarsi in appello. L'azione del danno può esser dipendente da un fatto da stabilirsi, come può esser principale: non può mai dirsi propriamente accessoria. Se i danni sono *posteriori alla sentenza*, derivanti perciò non dall'azione originaria, ma da *fatti imputabili all'avversario pendente la lite*, quantunque domande nuove, appartengono al giudice d'appello per l'ordine e necessità stessa delle cose, altrimenti non si saprebbe più a quale autorità giudiziaria proporre la domanda.

d) Domande provvisionali.

Siamo nel dominio delle stesse regole. Se il bisogno di provvedere precedeva l'originario libello, io credo che per ampliazione di caso, o per la stessa condizione o qualità della causa, la domanda di provvisione avrebbe potuto formarsi nel primo giudizio. In appello però sarebbe domanda evidentemente nuova. Non così se il bisogno di provvedere si fosse manifestato nel corso della causa e specialmente d'appello (Chauveau in Carré, quest. 1675, cassaz. francese, 14 luglio 1840, tom. VI, pag. 564).

e) Se le risultanze del processo portino a tale che convenga domandare ciò che costituisce l'oggetto del giudizio in una forma diversa, non si propone una domanda nuova.

È un caso frequente giudiziale ma il fiore e ricco di qualche esempio del quale si deve tener conto nell'interesse della teoria. Fu chiesto in prima istanza il *prezzo di cosa venduta*, in appello si rilevò che il contratto *era simulato* e ciò portando le deduzioni stesse del convenuto. Il procuratore dell'appellato domandò con abile evoluzione non più il prezzo, ma la cosa. E gli fu accordato (cassazione, 21 luglio 1858, ricorso Curno-Parrocchia di S. Ilario, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. I, pag. 780).

f) Quando la domanda che si fa in appello, quantunque non fatta in prima istanza, si risolve in mezzo di prova per consolidare la libellata domanda, si ammette, non avendo carattere di domanda nuova.

È questa pure una varietà singolare, ma se il caso non fosse mai nato, bisognerebbe idearlo per completare la teoria. Si domandò dichiararsi decaduto dall'ufficio di certa cappellania un cappellano che non adempiva ai suoi doveri. In appello si propose la *nullità della nomina* del cappellano, cosa non domandata in prima istanza. Fu sapientemente giudicato che la domanda *faceva funzione di mezzo*, tenendo a sempre più stabilire che l'attore era in diritto di domandare la rimozione del cappellano da quell'ufficio (corte di Torino, 17 gennaio 1854, Collobiano-Favero, Bettini, part. II, pag. 19). La bontà della decisione è comprovata dal seguente riflesso. Nel caso fu d'uopo provocare la nullità della nomina con atto di citazione, non bastava la eccezione mediante comparsa, e nonostante per essa non si ampliava *l'oggetto finale del giudizio*. Era quindi semplicemente un mezzo di attacco, una dimostrazione ulteriore del buon diritto dell'attore: avrebbe cangiato natura soltanto per la

diversità del modo con cui un siffatto mezzo ha dovuto proporsi?

g) Una domanda fatta in appello che rappresenti l'adempimento di una condizione necessaria o utile almeno a conseguire lo scopo del giudizio non è domanda nuova a senso dell'articolo 490.

In via di massima può vedersi la sentenza del 4 febbraio 1878 della corte di Casale (*Gazzetta dei Tribunali*, pag. 630). Ce ne porge esempio la sentenza 20 giugno 1856 della corte di Genova (Ivi, 1857, pag. 57). Si tratta di azione intentata dal venditore con patto di riscatto per la ricuperazione della cosa venduta. Ossia per le eccezioni sollevate nel corso del giudizio, o per altri motivi, l'attore giunto in grado di appello, stima di potere di molto avvalorare la sua domanda, se pure non risponde a una necessità della sua posizione, depositando ed offrendo il prezzo. Gli viene opposto che in appello non può farlo, o che non può ciò fare in verun modo, oppure si disputa sulla facoltà di eseguire o ricevere un deposito o un pagamento. Dal canto suo l'attore sente di dovere invocare una dichiarazione del giudice d'appello. Si obbietta: *domanda nuova*. — Non è domanda nuova, non avendo per fine di cangiare o modificare la prima domanda, ma di darvi maggiore appoggio e meglio assicurarne l'esento.

Quelle che siamo venute sin qui esaminando sono vere domande, ma o *si svolgono dal primario concetto della causa*, e vi sono virtualmente comprese, o sono l'effetto della necessità, e hanno semplicemente carattere di *domande incidenti*, o sono dirette a dare appoggio all'azione intentata.

h) Dei mezzi di difesa dell'azione.

Alcune delle accennate nozioni appartengono a questa vasta categoria *dei mezzi di difesa dell'azione*. Il consiglio che mi permetto di dare è questo: che meno si guardi alle sembianze della proposta che alla sua ragione, coll'indagarne il vero scopo.

I mezzi possono cangiarsi: può cangiarsi quindi del tutto il sistema di difesa. Dopo aver fondato la domanda libellare sulla lesione onde ottenere la nullità della vendita, in appello l'attore sostiene, al medesimo scopo, che non fu sborsato il prezzo (cassazione, 2 luglio 1806, lib. vi, tit. i, pag. 353). Se un creditore ipotecario domanda in appello la nullità di una iscrizione vantata da un creditore che gli sarebbe anteriore nel concorso, non fa che esercitare un mezzo di difesa (cassazione francese, 20 gennaio 1810, *Journal Avoués*, ix, p. 71), o non è che una conseguenza della sua difesa.

i) Dei mezzi di difesa contro l'azione.

Il campo delle eccezioni è senz'alcun dubbio più esteso; l'eccezione non ha limite nè di numero nè di tempo, l'eccezione è perpetua. Essa può presentarsi nella sua consueta forma di *risposta all'azione*, se riveste una forma diversa, quella di una domanda con atto di citazione, non conserva meno l'indole sua, non si trasforma in una domanda che debba respingersi *per novità*, quando il suo indirizzo avversativo dell'azione chiaro risulti. Laonde fu deciso che l'*istanza per annullamento* di un *titolo* che forma la base dell'azione, per causa di dolo e frode, quantunque elevata la prima volta in appello, deve accogliersi (corte di Rennes, 9 agosto 1817, *Journal Avoués*, t. ix, pag. 108). Intorno a ciò decide sovranamente la legge: « Può proporsi la compensazione, e « *ogni altra eccezione contro la domanda prin*« *cipale* ».

l) Sulla eccezione della compensazione.

Le domande riconvenzionali sono domande nuove (corte di Torino, 21 gennaio 1851, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 241. La stessa corte, 17 aprile 1857, ivi, pag. 105. Casale, 8 marzo 1858, Bett. xi, part. ii, pag. 343). *La compensazione* per un gius speciale scritto nella legge, e per la natura sua estintiva del diritto di azione viene eccettuata.

La stessa legge regna in Francia (art. 464 del Codice di procedura civile). Fra le diverse distinzioni, più o meno solide, che la dottrina introdusse su questo tema, la più notevole è quella che ritiene doversi restringere la eccezione di compensazione *a quella che non è contestata*. Noi staremo contenti all'indicare semplicemente e richiamare all'attenzione la regola, o meglio quel complesso di regole che sono scritte nell'articolo 102.

L'articolo è fatto pei conciliatori e pretori, pei giudici minori, la cui competenza è di leggieri superata dalla eccezione. I limiti ulteriori assegnati alla competenza di quei giudici, o si riguardi la impugnativa a cui soggiace la opposta compensazione, o alla virtù e potenza del titolo nel quale la domanda è fondata, possono credersi esclusivamente propri di quella giurisdizione delicata, se mi permettete la frase, che non sopporta forti contrasti nè troppo lunghe contestazioni.

Io vengo a fare una avvertenza grave, ed è, che, sebbene l'art. 102 sia scritto pei giudici minori, contiene principii ai quali si deve una applicazione più estesa. Ciò non esclude che la prima parte specialmente del suddetto articolo non si attenga in particolar modo alla competenza dei giudici inferiori per la pro-

meme osservazioni. Nei giudizi maggiori, a valore indeterminato, *la impugnativa del credito*, che è titolo alla compensazione, non avrebbe la stessa forza, onde non ammetterei in massima l'accennata dottrina francese, sebbene da gravi autori insegnata (Langlade, tom. I, pag. 103, num. 4, Chauveau in Carré, quest. 1674, vol. VI). Molto dipende dalle circostanze dei casi e dal criterio del giudice a rilevare se la compensazione proposta in appello non tardiva secondo il diritto, ma che non ha una presunzione favorevole, meriti accoglienza, osservata però rigorosamente la parte precettiva del diritto articolo 1285 e seguenti del Codice civile. Ma l'ultimo periodo dell'articolo 10? racchiude tale ordinamento d'ordine probatorio che io reputo generale, senza però promulgarlo imperativo o categorico, come non lo è neppure nel dettato del medesimo articolo. È *una facoltà* che i giudici hanno di giudicare in quei casi la domanda riservando la eccezione, facoltà per altro da cui si deduce che un'azione fondata *in un atto pubblico o giudiziale, o in una scrittura riconosciuta, o in una confessione giudiziale*, ha grado di superiorità rispetto ai titoli del credito compensabile meno autentici e meno provanti.

3. Non posso trascurare per la sua importanza un altro riflesso.

L'articolo 490 contiene e custodisce un alto principio d'ordine pubblico; il suo disposto appartiene alle regole fondamentali della giurisdizione.

Ne segue, *che gli accordi delle parti non possono autorizzare il giudizio d'appello sopra domande che presentassero una questione veramente nuova*.

La storia ci addita i dubbi, le incertezze che divisero le opinioni e la stessa giurisprudenza della corte suprema in Francia. Si videro le due camere decidere l'identico punto di questione in modo opposto (Carré, qu. 1626, Tallandier, *De l'appel*, pag. 341, num. 445) e Merlin, nel primo tempo, professarono la dottrina della sezione dei ricorsi che vi scorgeva una questione d'interesse privato. Di poi il Merlin (che nell'assiduo esercizio pratico avea occasione di cimentare la bontà delle sue teorie) e il Chauveau sostennero con evidenza di ragioni che qui si tratta di vera *incompetenza per ragione di materia*, e questo io pure tengo per indubitato.

4. Che dire, se nel corso della causa d'appello nasca sentenza interlocutoria che ammetta con un precedente irretrattabile l'esame della *nuova domanda*? Per esempio, si è chiesta nel primo giudizio sentenza di finita locazione e la riconsegna del fondo locato. Non si toccò dei danni che il conduttore avrebbe recati al fondo. L'attore vincitore ed appellato ne fa domanda in appello. La domanda è nuova, ma non essendo contrastata, la corte ordina una perizia che rilevi l'importare del danno. Quegli stessi maestri i quali insegnano che la questione *è d'incompetenza assoluta*, si inchinano all'autorità della cosa giudicata, chè tale, secondo essi, sarebbe quella sentenza. « Le défaut de pouvoir dont nous argumentons « serait couvert par un arrêt préparatoire non « attaqué ou passé en force de chose jugée, « qui aurait ordonné soit de plaider sur la « nouvelle demande formée en cause d'appel, « soit sur le fond de procès non encore en « état d'être jugé, soit sur l'action principale « intentée directement avant la cour d'appel. « *En effet, l'autorité de la chose jugée couvre « tous les vices, toutes les nullités, tous les excès « du pouvoir* » (Merlin, quest. du droit, v° *Appel*, § 14, art. 1; Chauveau, quest. 1676).

Questa proposizione ha una grande estensione e generalmente vera. Ma lasciando stare se la decisione di cui parlano quegli illustri sia di qualità da costituire cosa giudicata, si desidera sapere come si possa reintegrare per qualsivoglia causa l'incompetenza *ratione materiae*, ossia la *incompetenza assoluta* (1). O io m'inganno, o questa è una flagrante contraddizione.

5. La giurisprudenza si è molto sviluppata dopo che io scrissi queste parole, tuttavia non ho avuto a pentirmi dei criteri che vi ho posti, anzi ne ho avute frequenti conferme. Una recentissima sentenza di questa corte di cassazione di Firenze 9bre 1872 decide che se uno ha domandato di passare per una via vicinale ritenendola di privata sua proprietà, e dove ciò rimanga escluso in fatto, non propone istanza nuova in appello insistendo nello stesso passaggio, sebbene per diritto di limitrofo co-

(1) Il Chauveau nel corso di questa medesima dissertazione dice: « Nous pensons comme lui (Merlin) que l'incompétence des tribunaux supérieurs « pour connaître d'une demande non soumise aux « juges inférieurs *est une incompétence ratione ma-* « *teriæ*. Et par conséquent les parties peuvent ré« clamer en tout état de cause contre cette privation « du premier degré. *leur consentement même explicite « ne lui ôte pas le droit* »

sendo pubblica vicinale. La cassazione di Torino, nel 30 settembre 1870, si ripresenta, domande nuove esser quelle di cui non havvi traccia nel primo giudizio. Soggetto eminentemente pratico, che tuttavia non manca di criteri direttivi, e non ripugna alle regole.

Articolo 491.

Nel giudizio di appello non si ammette intervento in causa, se non di coloro che hanno diritto a formare opposizione di terzo, salvo il disposto dell'art. 205.

Annotazioni.

1. L'*intervento* non è di natura da introdurre in appello una *domanda nuova*, siccome la chiamata in garanzia, ma vi arreca un *elemento nuovo* (1), una complicazione che la legge vuol evitare. Se non che la *necessità della giustizia* e il *diritto di difesa* che si deve tutelare a favore di certe determinate posizioni giuridiche, hanno consigliate le due eccezioni che si leggono nel nostro articolo.

Quale profonda mutazione ha subito l'articolo 451 dell'ultima procedura piemontese! Ivi era detto: « Non sarà ammesso in appello « alcun intervento in causa che abbia per og- « getto una nuova domanda ». Vi era dunque tal sorta interventi che veniva ammessa. La questione dell'intervento avvolgevasi con strana confusione con quella di *domanda nuova*, di cui abbiamo saggiata in parte la pericolosa analisi (2). La *redazione*, ampliando i suoi concetti, si è fatta perspicua e precisa.

L'intervento *necessario* o *ufficiale*, puro di ogni artificio difensivo, non sollevando in effetto nuove pretese, non aumentando l'oggetto della lite (V. Annotazioni all'art. 205) è reclamato dall'interesse della verità. Ciò quanto alla prima limitazione.

Il nuovo Codice ha riabilitato l'utile e liberale istituto della *opposizione del terzo* (capo IV di questo titolo). Per esso chi ha risentito pregiudizio da una sentenza nella quale non è intervenuto, trova un rimedio che lo dispensa dal rinnovamento di tutta la lite (V. Annotazioni all'articolo 510). Ma quest'azione non si esercita che a giudizio finito. L'intervento largisce al terzo un vantaggio anco maggiore, il terzo può influire colle sue difese sulla decisione principale, e prevenire il pregiudizio medesimo.

2. Bisogna por mente che per intervenire in appello non basta più un interesse qualunque, più o meno remoto, quale può esser sufficiente in prima istanza; ma si richiede quello interesse prossimo che deriva dal pericolo che la *sentenza possa rendersi esecutoria contro lui stesso*.

Quindi è che un creditore è fondato abbastanza nell'interesse che, come tale, ha per sostenere i diritti del suo debitore, che gli valgono a garanzia quando si tratti d'intervenire nel primo giudizio: simile interesse non gli basta in appello. Diasi che questo creditore sia intervenuto nel primo giudizio, *egli potrà appellare*, non *intervenire ex novo* nel secondo giudizio. Talandier, num. 293 e 298; Chauveau su Carré, quest. 1680 *ter*.

3. Perchè si ammette l'intervento, quantunque così condizionato, e non chiamata in garanzia? Perchè si ammette l'intervento designato dall'articolo 205, e non quello proposto dall'articolo 203? È chiaro. Chiunque, non *per volontà propria* ma *in forza di un diritto altrui*, subisce un giudizio che gli può tornar dannoso, non dev'esser privato di un grado di giurisdizione. Si è già detto a suo luogo che l'*intervento ordinato d'ufficio* non impone al chiamato veruna delle obbligazioni della causa.

4. *Il terzo che ha diritto di opposizione può essere forzato ad intervenire in appello?* S'egli è un diritto, come si trasforma in obbligazione? Tuttavia ecco una teoria di Merlin, coronata dalla corte di cassazione: « En effet « le droit qu'a d'intervenir en cause d'appel « la partie qui pourrait attaquer, par voie de « tierce opposition, le jugement à rendre, en- « *traîne nécessairement pour les parties prin-* « *cipales le droit de la forcer à intervenir ef-* « *fectivement*, lorsqu'elle ne le fait pas d'elle- « même. L'un est absolument corrélatif à « l'autre, et d'ailleurs, quel tort on fait à cette « partie, en la mettant en cause d'appel? La « prive-t-on d'un premier degré de juridiction? « Non, assurément; car si sur l'appel elle

(1) L'intervento non è che un'*aggiunta persona*, fermo restando l'oggetto della lite.

(2) L'articolo 356 del Codice di procedura napoletano ha preceduto il nostro, che ha fatto un passo più avanti ed ha completata quella limitazione.

« n'était pas mise en cause, et qu'elle usât « ensuite de son droit de former tierce oppo- « sition à l'arrêt, elle devrait porter sa tierce « opposition devant la cour d'appel, elle ne « pourrait pas la porter ailleurs; on ne le fait « donc, en la mettant en cause, que hâter le « moment de sa comparition directe et immé- « diate devant la cour d'appel » Decisioni della cassazione franc., 20 brumaio anno XIII, 13 ottobre 1807 8 agosto 1809). Del resto è dottrina generale; e meglio eziandio secondata dalla forma testuale del nostro articolo che dal 466 del Codice civile di procedura francese.

In effetto ammettendosi come pare possibile la chiamata di colui che avrebbe diritto a far opposizione di terzo, allo scopo d'intendere in miglior tempo le sue eccezioni che diverrebbero più dannose a sentenza pronunziata, non si lede alcun diritto e in certo modo il terzo ne viene giovato. Egli può dedurre se crede le sue eccezioni, e se non crede onde non perdere un grado di giurisdizione, può astenersene, riservandosi il suo diritto La opposizione di terzo è un benefizio tardivo, sempre malagevole dopochè una sentenza è stata pronunciata, perciò io diceva che il terzo può sentirne vantaggio.

Articolo 492.

Quando l'autorità giudiziaria confermi una sentenza interlocutoria o incidentale, o riformandola non decida definitivamente il merito della causa, questa si deve rinviare, per il corso ulteriore, all'autorità giudiziaria di primo grado.

Se nel riformare una sentenza definitiva l'autorità giudiziaria d'appello ordini ulteriori atti d'istruzione, può ritenere la causa o rinviarla ai primi giudici.

Articolo 493.

Quando in prima istanza siasi pronunziato soltanto sulla competenza, anche in appello si pronunzia solo su questa.

Quando in prima istanza siasi pronunziato anche sul merito, non si può in appello conoscere di questo, se sia dichiarata l'incompetenza dei primi giudici.

Annotazioni.

1 Il sistema contenuto in questi due articoli merita particolare attenzione. Esso non si diparte sostanzialmente da quello che era già noto per l'antecedente Codice sardo, ma, oltrechè è più compatto e più comprensivo, il pensiero elevato del legislatore ne traspare assai meglio, anche per la nettezza e precisione del dettato.

La idea dominante di questo sistema è la incolumità del diritto delle parti e la guarentigia dei giudizi che è riposta nel doppio esame. È della crescente civiltà giuridica il produrre questo effetto, sendochè si viene di mano in mano allontanando il sospetto di un preconcetto passionato nei giudici inferiori che portarono diversa opinione, onde non si dubita di rimettere ad essi il giudizio di merito se contro ragione si dichiararono incompetenti; o di rivestirli di giurisdizione dopo una sentenza interlocutoria che si trovò ingiusta e fu riformata.

Rispetto alla parte letterale dell'articolo deve lodarsi dell'avere abolita quella parola *esecuzione*, ripetuta più d'una volta negli articoli 555 e 556 del citato Codice, con imitazione poco pensata degli articoli 472 e 473 del francese; voce molto inesatta se trattavasi soltanto dell'ulteriore svolgimento della causa non giunta ancora al suo termine definitivo; molto equivoca perchè comprendendo il concetto della esecuzione forzata della sentenza, entrava, contro intenzione, in questo campo, non senza compromettere in certo modo le norme di competenza della esecuzione forzata (1).

2. Premessa questa breve introduzione, è notevole che dalla eliminazione dei casi contemplati risulta che niuno dei regolamenti quivi prescritti ha luogo *quando il giudice di appello decide definitivamente il merito della questione*.

La ragione, non molto apparente, del capo-

(1) Cotali norme si trovano espresse nell'art. 570.

verso dell'articolo 492 ci vien data dal signor Pisanelli nella relazione. « Dal fatto che questo (il primo giudice) riconoscendo il merito « della causa in istato di esser definito, lo ha « deciso, *ne viene che la causa ha percorso il* « *primo grado di giurisdizione interamente*, « onde il magistrato d'appello potrà ritenere « la causa per la maggiore istruzione ch'egli « ravvisa necessaria, *senza che sia lesa la re-* « *gola del doppio grado*. Però, siccome può « avvenire in conseguenza della nuova deci- « sione, che molte e diverse questioni siano « per sorgere nell'ulteriore corso del giudizio, « le quali *o non possono essere trattate per la* « *prima volta in grado d'appello*, *o per la* « *maggior garanzia dei litiganti sia oppor-* « *tuno che percorrano il primo grado di giu-* « *risdizione*, così il magistrato d'appello *dovrà* « nel primo caso, e *potrà* nel secondo, rinviare « la causa ai primi giudici ».

L'articolo 493 deve considerarsi nello stesso spirito. Il magistrato d'appello non giudica che sulla competenza se il primo non giudica che sulla competenza, imperocchè la causa di merito non ha percorso il primo grado di giurisdizione. Se i primi giudici decisero il merito, ma il magistrato superiore ne dichiara la incompetenza, il merito stesso avrebbe già percorso il primo grado, tuttavia la sua cognizione intera è rimessa al giudice competente. E ciò perchè non basta che il merito sia stato giudicato, se non lo fu da giudici competenti.

3. Se la sentenza è annullata per altra ragione che non sia d'incompetenza, il giudice d'appello, annullando, pronunzia sul merito. Se la decisione di merito non è definitiva, restando ulteriori operazioni a farsi, l'art. 492 ha la sua piena applicazione.

4. L'esecuzione di una sentenza è di due maniere: in quanto occorre a perfezionare gli atti del giudizio e completare il giudicato, in quanto è diretta alla sua realizzazione. È forse la prima volta che codeste manifestazioni giuridiche appariscono nella loro luminosa distinzione.

5. Delle *spese* e della loro liquidazione nelle cause d'appello non si fa cenno. Nel sistema del Codice la sezione VI del precedente titolo IV contiene un regolamento generale per i tribunali civili e le corti d'appello. *Quæritur se il rimando che si fa della causa al primo giudice includa e vi sia sottinteso il rinvio anche per le spese*, e quale sia la regola di diritto.

Il giudizio delle spese è accessorio della decisione principale, e in essa si compenetra mentre ne rappresenta la maggiore o minore estensione. Non c'è alcun dubbio che se il secondo pronunciato è d'incompetenza dell'anteriore, si deve per regola condannare alle spese dei due giudizi. Se le spese non furono domandate, il silenzio del giudice d'appello può equivalere ad una compensazione. Se lo furono, il difetto di dichiarazione sulle spese esporrebbe la sentenza ad essere cassata. In nessun caso se ne intenderà rimessa la cognizione al primo giudice. Se invece il magistrato d'appello non giudica definitivamente e ritorna la causa al primo giudice per la cognizione del diritto che *superest* dal punto in cui egli medesimo ha statuito, pronuncierà sulle spese d'appello, mentre il giudizio di tali spese non potrà nè presuntivamente nè espressamente conferirsi al primo giudice senza confusione della rispettiva competenza. Il silenzio del giudice d'appello eziandio in questo caso si avrà come omissione di pronunzia, non però quanto alle spese di primo grado. La differenza è appunto questa, che per le spese di appello esaurita è la giurisdizione, laddove, specialmente se trattasi di conferma, il primo giudice ripigliando la cognizione della causa, può riassumere per naturale accessione quella delle spese del primo giudizio.

Nota.

Dell'appello interposto dal soccombente prima della notificazione della sentenza, e dei suoi effetti.

A carte 641 della seconda edizione io feci intorno a ciò un discorso che ora posso restringere, sembrandomi che omai nella pratica il dubbio sia tolto.

Alcuni dubitano se l'appellante, qualora il suo appello non riesca a buon fine, sia sempre in facoltà di produrne un altro, non decorrendo a suo pregiudizio il termine perentorio stabilito dalla legge, per lo difetto della notificazione.

Senza dubbio egli può rinnovarlo quando il suo atto d'appello sia nullo per difetto di forma. Ma quando il soccombente *crea egli stesso una tale condizione di cose che diventa incompatibile col diritto della notificazione*, è forza conchiudere che vi ha rinunziato.

Questa condizione è creata quando prodotti gli atti, e radicato l'appello, si è trattato e deciso il merito. Non si può appellare una seconda volta. Ma io ritengo non potersi appellare una seconda volta neppur quando l'appellante, introdotto un appello valido, abbia mancato alle prescrizioni dell'art. 489 per cui l'appello sia stato rigettato.

CAPO III.

DELLA REVOCAZIONE.

Articolo 494.

Le sentenze pronunciate in contraddittorio dalle autorità giudiziarie in grado d'appello possono essere rivocate sull'istanza della parte.

Annotazioni.

1 **Precedenti storici.** — La *retractatio* fu veramente un rimedio *extra ordinem* nell'antica età. Esaurito nell'appello l'ordine giurisdizionale, non restava che, *invocato numine*, supplicare all'imperatore, se l'appello fu inutilmente tentato (Leg. 5, de app. recip., Leg. 3, Cod. ut lite pend., Leg. 16, 17, Cod. Theod. de app.). Col volger dei tempi la *retractatio* prese forma d'istituzione, e ne fu investito lo stesso prefetto del pretorio, fra i giudici supremo (Leg. 35, Cod. de appell., Nov. 83, cap. 12). In altri luoghi del *Corpus juris* troviamo che la decisione del prefetto del pretorio, inappellabile, poteva essere dallo stesso giudice ritrattata (Leg. unic., § 2, de off. præf. pret.; Leg. 17, de minor.). E questo è memorabile, che la base della istituzione, benchè allora appena abbozzata e nascente, non era diversa dalla nostra. L'appellazione conteneva una grave censura d'iniquità, la *retractatio* era semplicemente l'abbandono di un errore o una correzione del giudicato consigliata dalla scoperta del dolo di un litigante (1). Il giudizio di *ritrattazione*, ultima espressione della giustizia ripiegantesi, per così dire, sopra se stessa, chiudeva il ciclo giudiziario (Leg. unica, Cod. ne licet in una, Nov. 82, cap. 12, Nov. 119, cap. 5) (2).

In Francia, poichè il parlamento e la camera dei conti furono statuiti tribunali inappellabili, una ordinanza del 1302 sanciva il diritto di ricorso al re che autorizzava il nuovo giudizio colle *Lettres de grâce de dire contre les arrêts*, che in seguito si denominarono *Lettre de proposition d'erreur*. Ma allora non si trattava che di errore di fatto. Procedendo coi tempi le idee, intorno al secolo XV, l'analisi pose in luce altri elementi sostanziali della revisione: il *dolo* sì delle parti che degli offici ministeriali, ai quali nuovi fondamenti rispondevano le *Lettres en forme de réquete civile*. L'ordinanza del 1667 che preluse a tutte le nuove istituzioni giudiziarie, e in parte le modellò, anche di questa ha dato un ampio schema, sopprimendo però ed escludendo dal rimedio della ritrattazione l'*errore di fatto* del giudici.

In tempi più recenti l'istituto della rivocazione prese definitivamente il nome di *requête civile*. La legge del 7 settembre 1790 abolì le lettere reali in nome di quel grande principio che si veniva proclamando, benchè con lenti risultati: l'emancipazione della giustizia dalla podestà regia.

In Italia si hanno tracce di una istituzione consimile. Nel regno di Napoli si conobbe la *reclamazione* contro le sentenze del sacro regio consiglio e della regia camera della som-

---

(1) « Præfecto etiam prætorio et sua sententia in « integrum restitui possunt (minores), quamvis ap- « pellari ab his non possit. Nec idcirco tam varie « quia appellatio quidem iniquitatis sententiæ que- « relam, in integrum vero restitutio *erroris proprii* « *veniæ petitionem vel adversarii circumventionis al-* « *legationem* *erroris* continet ». Nella Leg. 35, de re judic., si accenna alla ritrattazione per la scoperta di nuovi documenti.

(2) Nella costituzione di Giustiniano, che nella collezione è la Leg. unica, Cod. ne liceat in una eademque causa, etc., è definito che due provocationes (appellazioni) erano ammesse al più. Per la Novella 82, cap. 12 succitata si apprende che, oltre codesti rimedii, quello della *retractatio* si concedeva « Nostros tamen judices omnibus modis suscipere « appellationes sancimus, et nulli licentiam esse « penitus hoc repellere præter solam tuam eminen- « tiam (sui eminenza il prefetto del pretorio), cui « hoc ab initio largitur imperium retractationis in- « troducens auxilium ».

maria; non passava però i termini della supplicazione al principe; la quale consuetudine anche in Piemonte cominciò ad essere frequente, regnando Amedeo VIII. Le suppliche erano prima esaminate da un consiglio di giureconsulti, altri da quelli che avevano sentenziato (*Statut. cit.*, lib. I, cap. CLXV). A poco a poco l'istituto si venne esplicando. Le sentenze dei senati (ora corti d'appello), e quelle della camera dei conti, essendo stanziate inappellabili, fu posto che dentro 50 giorni si potesse supplicare al principe onde si degnasse di accordare la revisione (era sempre la grazia del principe *et magis innititur gratiæ quam justitiæ*, soleva dirsi. Come fu già da altri notato, l'istituto della revocazione non era in veruna maniera sistemato, non constava di fondamenti distinti, e la revisione conteneva o poteva contenere tutta la causa, quasi per istraordinaria e graziosa concessione.

Avvicinandosi la nuova età del diritto giudiziario, per le regie costituzioni furono divisate le cause della revisione *per errore di fatto o per scritture trovate di nuovo che variano lo stato della causa* (lib. III, tit. XXVII), e miglior sesto fu dato a questo ordinamento dalle regie patenti del 28 aprile 1848.

2. Il *soggetto materiale* della revocazione è una sentenza dell'autorità giudiziaria (1); anzi è la propria sentenza (art. 498) o inappellabile o non appellata, e devesi richiamare per la integrazione del concetto il seguente art. 495. Ciò che è indispensabile si è *che il rimedio dell'appello o dell'opposizione*, *acta* (nello stato delle cose) *non patrat*, mentre quei vizi dolorosi di cui è infetta la sentenza, possono e dovrebbero anzi sparire nel nuovo ordinario giudizio. È per ciò che la revocazione chiamasi rimedio *straordinario* (si voleva dire *estremo*), e si accorda quando ne manchi ogni altro più generale, e nella scala delle riparazioni giudiziarie, manchi il più prossimo e naturale che è l'appello.

La questione se il beneficio della *revocazione sia negato a colui che volontariamente ha lasciato scadere i termini dell'appello o della opposizione* è materia decisa nell'articolo seguente, intorno al quale basteranno poche osservazioni.

3. Tutte le sentenze comprese le interlocutorie e incidentali, di loro natura appellabili, sono suscettibili del rimedio della revocazione.

1° Se la sentenza sia stato l'effetto del dolo di una delle parti a danno dell'altra;

Annotazioni.

1. *Considerazioni in ordine al sistema.*

Assumendo breve discorso sulle varie cause della *revocazione*, premettiamo un'osservazione generale importantissima. Il precedente sistema è stato profondamente modificato. Fra le dieci categorie di cui si componeva quell'articolo 557 (Codice sardo del 1859), le ultime cinque hanno mutato casa, ed ora alloggiano nel vasto comprensorio della cassazione (articolo 517). Indagando il criterio di sì nuova e inattesa mutazione, essa è ad abbondanza giustificata. Qual è mai il fondamento razionale della *revocazione o ritrattazione della propria sentenza?* Per quale alta cagione è qui costretto a tacere il principio conservatore delle cose giudicate, per cui *cum quærebatur judex, si perperam judicasset, an posset eodem die iterum judicare, respondit, non posse?* (Leg. 61, de re judic.) Per questa sola *che la coscienza del giudice non ha potuto rendersi ragione del proprio giudicato.* Sviata o sorpresa la sua intelligenza dal dolo delle parti, dall'errore, ecc., non concorse nel giudizio il proposito serio, l'applicazione della volontà; *egli avrebbe giudicato altrimenti, o sotto la funesta impressione di cui non potè allora darsi conto, non avrebbe giudicato* (2). Questo è ciò che dice il magistrato revocante se stesso, poichè in tali condizioni di cose io ho giudicato, *non ho giudicato.* È un atto di onestà che il giudice è chiamato a fare, non già un atto di eroismo, che la legge non richiede mai, quello di confessare la colpa di un giudizio ingiusto. Ed eccoci rientrati in via. Nel passato sistema *se si pronunciò sopra cose non domandate, se la sentenza racchiudeva disposizioni contrarie*, ecc.,

(1) Diremo quindi *soggetto ideale* il contenuto della sentenza; l'oggetto invece del giudizio, che è la mira a cui si tende, è la stessa revocazione, ossia *la distruzione del male che si è attraversato al corso della giustizia e la ricostruzione del vero.*

(2) Nelle Leggi 38 e 55, Dig. de re judic., e Leg. Cod. eod., si annoverano fra le cause di restitutione *in integrum*, il dolo, la scoperta de' nuovi documenti, ecc. Si richiederebbe una disquisizione per dimostrare come la *restitutio in integrum* differisce dalla *retractatio*.

era faccenda di revocazione. Male, a parer mio. Nell'uno e nell'altro caso, per tacere degli altri, il giudice era in colpa. Colpa di biasimevole disattenzione, eccesso di potere stranezza della sua mente, che distrusse colla contraddizione il proprio raziocinio, dannabile ignoranza, e via discorrendo. Tutto questo era e doveva essere oggetto di censura della corte suprema, e mancava di fondamento logico, e sino ad un certo punto di moralità, per essere sottoposto alla revisione degli stessi giudici.

2. *Dolo.*

Da non breve tempo la legislazione piemontese adottò la formola esatta, ripetuta ora nel Codice italiano « *se la sentenza sia stata l'effetto del dolo.* » (1). Questa scolpisce il carattere obbiettivo del dolo e la sua reale efficienza; senza che supponendo pure il concorso delle arti più ribalde, non si avrebbe nonostante ragione per ritrattare le sentenze. Perciò fu necessario che la giurisprudenza francese soccorresse al difetto di quel Codice, stanziando il principio dell'*influenza del dolo nel giudicato* (Bonnier, Rodier, Serpillon, ecc., sull'art. 25 della ordinanza, cassazione 20 frimaio, anno XIII). Legge di applicazione fortunatamente assai rara ma è giusto, è morale che si vegga questa categoria primeggiare sulle altre di men tristo conio. Determinare l'intervento del dolo, e più come sia di esso dolo parto e prodotto la sentenza, è di una individualità che sfugge ad ogni teoria. Meno difficile sarebbe il generalizzare sulla *collusione* che due o più litiganti formassero per rovinare un terzo, quando in seguito si scoprisse, supponiamo, una carta da cui risultasse il loro doloso convegno, e che la sentenza sulle menzognere loro dichiarazioni fosse in gran parte fondata.

3. *Del giuramento dimostrato falso in giudizio penale.*

Si fa differenza dal giuramento *decisorio* a quello *deferito d'ufficio*. Rapporto a quello, essendo inalterabili le conseguenze che produce nel giudizio civile; e non ammettendosi prova di falsità (art. 1370 del Codice civile), la revocazione non sarebbe di veruna guisa accordata. Ma la dottrina si manifesta più favorevole nell'altro caso (Carré in Chauveau, quest. 1742, Pisanelli, *Commentario*, vol. IV, pag. 544).

2° Se siasi giudicato sopra documenti stati riconosciuti o dichiarati falsi dopo la sentenza, o che la parte soccombente ignorasse essere stati riconosciuti o dichiarati falsi prima della sentenza stessa;

Annotazioni.

1. I documenti devono essere stati *riconosciuti o dichiarati falsi*. Ciò significa in primo luogo che la ricognizione o giudizio del falso *deve precedere* e risultare da fatto distinto e da sentenza ugualmente distinta (passata in giudicato) di tempo anteriore. È dottrina comune Favard de Langlade, t. IV, pag. 497; Chauveau in Carré, quest. 1760 bis; Poncet, *De la req. civ.*, n. 462, e in generale la giurisprudenza). Non è concesso pertanto di aprire un giudizio di revocazione sulla base di una *prova da farsi* nello stesso giudizio.

La legge dice *riconosciuti* o dichiarati, ecc., significando che una confessione autentica del falso può tener luogo del giudicato.

2. Il testo spiega benissimo che quel documento deve essere stato il principale appoggio della sentenza; *se siasi giudicato sopra documenti, ecc.*

3° Se dopo la sentenza siasi ricuperato un documento decisivo, il quale non siasi potuto produrre prima per fatto della parte contraria;

Annotazioni.

Due teoremi mi sembrano potersi stabilire. 1° che *il documento decisivo* doveva sino dal passato giudizio appartenere all'attore, almeno in condizione di comunione e comproprietà, 2° che l'avversario lo ritenesse con dolo, occultandolo e sottraendolo alla sua cognizione. Questa è dottrina del Carré e del Chauveau (all'articolo 480, n. 10 del Codice di procedura

(1) Il Codice ex-napoletano ritenne sempre la cattiva espressione del francese *se vi fu dolo personale* (articolo 544, num. 4).

civile francese, quest. 1763, e si riconosce giustissimo. Se l'avversario conserva nel segreto documenti suoi propri e sui quali io non posso pretender ragione, indarno si direbbe che simile occultazione costituisce il dolo Sotto l'egida del principio che *actor probare debet*, che *intentionis vestræ proprias debetis afferre probationes non ab adversario adduci*, egli non commette un'azione riprovevole, egli è nel suo diritto La stessa voce *ricuperare* denota una originaria ragione di proprietà. C'è di più. Io avrei dovuto ignorare la esistenza del documento, poichè siccome la legge mi dà dei mezzi per costringere l'avversario a produrre i documenti per me interessanti quando mi siano comuni, se non avrò fatto uso dei mezzi legali nel corso del giudizio ordinario, ritenendosi che io avrei potuto giovarmene anche allora se lo avessi voluto, fu deciso contro la istanza di revocazione, perchè dipendeva da me l'evitarla (corte di Parigi, 28 novem. 1810, *Journal &c.*, t. III, p. 83 Non diversamente, ed anzi a più forte ragione, se altro originale del documento si trovasse depositato in ufficio pubblico, dal quale avrei potuto rilevarne copia, potendosi porre in generale questa massima, *che non è concessa l'azione di revocazione ogni volta che fu trascurato il mezzo legale che si areca per la esibizione o comunicazione del documento.*

4° Se la sentenza sia l'effetto di un errore di fatto che risulti dagli atti o documenti della causa.

Vi è questo errore quando la decisione sia fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, ovvero quando sia supposta la inesistenza di un fatto, la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso quando il fatto non sia un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunziato

Annotazioni.

Condizioni dell'esercizio di quest' azione.

1° *Errore di fatto.*

Il Codice ha rimedio per ogni qualità di errori. Colla cassazione provvede agli errori di diritto, colla revocazione, agli errori di fatto, e più semplicemente alla correzione degli errori di puro fatto materiale articolo 473).

Niuno non sa quanto sia difficile segregare gli elementi costitutivi dell'errore di fatto da quelli per cui si definisce l'errore di diritto. Gli annali della cassazione sono pieni delle difficoltà moltiplici e variate che di continuo vi s'incontrano e dovremo anche riparlarne in altro luogo. Giova però notare a lode della redazione, che ogni pericolo di confusione o equivoco è tolto via da quelle replicate espressioni, *la soppressione* DI UN FATTO; *la inesistenza* DI UN FATTO, *ecc.* Quando si tratta di apprezzare un *complesso di fatti* dal giudizio delle relazioni loro, e da quello che scaturisce dal loro insieme, *emana un concetto che è sempre ed essenzialmente giuridico*, perchè noi non siamo storici, ma giurisperiti, indirizziamo le nostre estimative ad uno scopo di diritto, e quel complesso di fatti lo riteniamo come base di un diritto (1) Quale differenza vi ha dunque fra l'errore di fatto e l'errore di diritto in ordine alle riparazioni stabilite dal Codice?

Osserviamolo. Havvi un errore di fatto *descrittivo* o *materiale*, perchè non vi si accompagna verun giudizio dell'animo. Ed è quello a cui allude il citato articolo 473.

Havvi un *errore di fatto*, che deriva dalla trascuranza o dalla inversione dei dati storici del processo, e da questo all'errore di diritto vi è, per così dire, un passo Poichè la trascuranza o l inversione di fatti sospinge alle false determinazioni di diritto; quando sia legalmente eccitata, se ne impadronisce la corte di cassazione. Ma quando simili errori non abbiano esercitata una notevole influenza sulle conclusioni di diritto, o si versi nel dubbio di un vero errore di fatto, mescolandovisi il criterio interpretativo e il lavoro della mente, non ammettono altro riparo che l appellazione.

Di tal maniera l *errore di fatto*, propriamente tale e puramente tale, può quasi dirsi che non esiste; giacchè a breve tratto si confonde nell'errore di diritto, che è in dominio della cassazione

Se la legge avesse attribuito la facoltà della

(1) La convenzione e i patti che la compongono *sono fatti* ma noi non li trascriviamo semplicemente per descriverli come fa lo storico, ne deduciamo che colui a cui favore saranno cotali fatti, è investito di un diritto.

revocazione *per errore di fatto* senza indicare come un tale errore dovesse intendersi, noi saremmo stati gettati in una confusione indicibile. Ma nel prudente suo placito essa non si occupò che *del fatto*, soltanto come fatto, e allora ogni confusione è tolta di mezzo. La legge dice: io non guardo se abbiate o no errato nel giudicare i fatti; io guardo solo se vi fosse un fatto decisivo che si ritenne non esistere, o se il fatto ritenuto decisivo in realtà non esistesse: ecco dove io pongo l'*errore di fatto*.

2° *Il fatto non deve aver formato soggetto di controversia.*

Ripetiamolo: il fatto che ha la forza di capovolgere il giudicato è il fatto storico semplicemente accettato o semplicemente rifiutato per una vera disattenzione dei giudici: e convien dire che le parti stesse non ne avvertissero o ne dissimulassero l'importanza, poichè come mai sarebbe totalmente sfuggito alla vista del tribunale? Se in alcuna delle loro conclusioni se ne fosse trattato come di mezzo e argomento di difesa, ecco svanire la condizione per la quale richiedesi che il fatto sia passato immune da controversia, nè vale che i giudici, malgrado ciò, non abbiano voluto farne subbietto del loro esame. In tal caso competerebbe un diverso rimedio, il ricorso in cassazione (art. 517, num. 6). Se una parte appoggiandosi *al fatto* o *al non fatto* non incontrò veruna opposizione dalla contraria, oppure la contraria era contumace, controversia non vi fu, la inavvertenza del giudice può in certa guisa scusarsi, il giudizio di revoca potrebbe chiamarsi un appellazione al giudice stesso *meglio informato*.

3° *La decisione dev esser fondata sull'errore.*

Deve risultare che si è deciso in quel modo perchè si partì dall'errore, e si prese abbaglio scambiandolo col vero. Se non trattasi di un fatto capitale, se non è evidente che il giudice non avrebbe deciso altramente quando vi avesse posto attenzione, non sarebbe sicuro il giudizio di revocazione, e si direbbe miglior consiglio prender la via della cassazione. Un sottilissimo filo divide le due eppure così diverse attribuzioni! L'errore di fatto nel primo caso deve apparire splendente all'intuito, è o non è, dev essere fondamentale della decisione. In cassazione il così detto *travisamento* è più capace, ha maggiore estensione; la sentenza si annulla quantunque il fatto *travisato* sia misto a considerazioni di diritto, e fosse più o meno disputata; la sentenza si annulla benchè il fatto travisato non sia fondamentale, ma abbia potuto influire nella decisione (1).

4° *L'errore deve apparire dagli atti e documenti della causa.*

E in ciò differisce il presente num. 4 dal suo antecedente.

5° Se la sentenza sia contraria ad altra sentenza precedente passata in giudicato, pronunziata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, purchè non abbia pronunziato anche sull'eccezione di cosa giudicata.

Annotazioni

1. Questo paragrafo s'intende subito che si raffronti col n. 8 dell'art. 517. Nell'una e nell'altra giurisdizione si può opporre al nuovo l'antico giudicato identico che reclama la prevalenza. Ma nel giudizio di revoca è inevitabile estremo *che non sia stato pronunziato sulla eccezione di cosa giudicata*, laddove in cassazione deve risultare che ne *fu pronunziato*. Così il primo si manifesta giudizio di fatto, il secondo, giudizio di diritto.

2. Il testo non distingue fra eccezione opposta già nel giudizio ordinario, e fra eccezione nuovamente proposta. Ma ci sembra essere nel suo spirito che l'azione del giudicato venga a proporsi *ex novo*, quale insormontabile ostacolo all'esistenza della contraria sentenza, sia perchè opposta la eccezione e non attesa, potrebbe stimarsi implicitamente reietta, sia perchè ritenuta la omissione della pronunzia, non si avrebbe che un diritto di ricorso giusta il num. 6 dell'articolo 517.

(1) In conferma di questa dottrina possono vedersi: cassazione, 21 luglio 1859, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. xi, p. 634; cassazione, 19 giugno 1856, Bellini, part. i, pag. 612; corte di Torino, 7 maggio 1833, ivi, 1856, part. ii, pag. 230. La stessa corte, 14 dicembre 1857, Bellini, pag. 899; cassazione, 14 febbraio 1857, Bellini, part. i, pag. 174, 31 maggio 1856, ivi, part. i, pag. 387, 3 maggio 1856, ivi, part. i, pag. 522, ecc., ed altre posteriori. Diciamo più avanti che il principio è controverso.

Articolo 495.

Possono eziandio essere rivocate sulla domanda della parte, scaduti i termini stabiliti per l'opposizione o per l'appello, nei casi indicati nei tre primi numeri dell'articolo precedente:

1° Le sentenze contumaciali pronunziate in seconda istanza;

2° Le sentenze pronunziate in prima istanza, tanto in contraddittorio quanto in contumacia, comprese quelle dei conciliatori

Le sentenze dei conciliatori possono inoltre essere rivocate nel caso indicato nel num. 5° dell'articolo precedente.

Annotazioni.

1. « Il mezzo della rivocazione, come rimedio straordinario, non è ammissibile quando « la sentenza possa ancora essere impugnata « con alcuno dei mezzi ordinari, quali sono « l'opposizione e l'appello. Quindi *viene stabilito in regola generale*, che la rivocazione « non può proporsi se non contro le sentenze « di secondo grado proferite in contraddittorio. « Però accanto alla regola si doveva anche « qui porre l'eccezione.

« Se il dolo fu scoperto, se il documento « fu ricuperato, se la falsità riconosciuta o « dichiarata dei documenti venne scoperta, « *dopo che sono decorsi i termini stabiliti per* « *l'appello o per l'opposizione*, dovrà ammettersi la domanda di rivocazione Giova inoltre osservare che le sentenze dei giudici « conciliatori essendo di regola inappellabili, « non si potrebbero nei casi sopra discussi impugnare se non col mezzo della rivocazione, « quando fossero proferite in contraddittorio » (*Relazione* Pisanelli

2. Non sfuggirà che la cosidetta *regola generale*, rimane qui pressochè distrutta dalla eccezione. È per sè manifesto che non deve definirsi *a priori* il termine a proporre in giudizio quei diritti che potranno un giorno aver vita da fatti avventurosi e inescogitabili. Il Codice francese e il Codice sardo del 1854, benchè facessero dello esperimento dei mezzi ordinari una condizione del giudizio di revoca, contenevano la stessa disposizione. La legge italiana ha operato la presente riforma, forse motivata da ciò che nelle due ultime specie, non potendosi ignorare l'errore del giudicato poichè non dipende da future scoperte, la questione deve primieramente portarsi in appello. Laddove negli altri tre casi, supponendosi la ignoranza del vizio, non può farsi carico alla parte di non avere praticato l'appello, e quindi non poter farsene una condizione e una regola assoluta.

Veramente il vizio anzichè nella prima sentenza, potrebbe al contrario essersi introdotto nella sentenza d appello. Ma via noi camminiamo colla presunzione che la seconda sentenza sia riparatrice, e se non ha riparato l'errore, portiamo fede che almeno non ne abbia commesso un nuovo.

3. Le sentenze inappellabili dei conciliatori sono sempre *revocabili* (dallo stesso conciliatore., escluso però l'*errore di fatto*, che sarà riparabile coi mezzi indicati nell art. 473.

Se la eccezione della cosa giudicata fu già proposta avanti il conciliatore, egli ne avrà avuto ragione implicitamente o esplicitamente nella sua nuova sentenza. Nel qual caso, come in ogni altro consimile, l'annullamento della prima sentenza, porta con sè anche quello della seconda.

Articolo 496.

Quando la sentenza abbia più capi, non si ammette la rivocazione che per quei capi per i quali sussista uno dei motivi indicati dagli articoli precedenti, e per gli altri che ne siano dipendenti.

Articolo 497.

Il termine per proporre la rivocazione delle sentenze è quello stabilito per appellare dall'articolo 485.

Quando il titolo a cui si appoggia la domanda di rivocazione sia uno di quelli indicati nei num. 1, 2 e 3 dell'articolo 494, il termine decorre dal giorno in cui la falsità, riconosciuta o dichiarata prima della sentenza, sia stata scoperta da chi propone la rivocazione, oppure dal giorno in cui essa sia stata riconosciuta o dichiarata, o il dolo scoperto, o il documento ricuperato, purchè in questi casi vi sia prova scritta, da cui risulti il giorno della scoperta o della ricuperazione.

Annotazioni.

1 L'art. 497 non provvede all'appellazione la quale *contro le sentenze dei conciliatori* non è ammessa fuorchè per l'unico caso d'incompetenza, e rimane incerto il termine da applicarsi. Tuttavia noi siamo rinviati all'art. 485 *per ogni caso*, compreso per conseguenza il giudizio di revoca avanti lo stesso conciliatore. *Favores ampliandi*, e nel dubbio in cui siamo per inavvertenza della redazione, io vorrei sempre riferirmi all'art. 485, *applicando per analogia il minor termine, cioè quello di giorni 30*, sia perchè a quello ci rimanda la volontà espressa della legge, e altresì perchè il termine dei tre giorni prescritto dall'articolo 459 ha tratto a una condizione così speciale di cose che non si può argomentarne ad un giudizio di revoca.

2 Siamo d'accordo che il termine dei 30 o dei 60 giorni decorra dalla notificazione della sentenza rispetto agli ultimi due numeri dell'articolo 494.

Della uniformità del termine. Sono tolte le differenze che altri codici trovarono opportune, rapporto alle sentenze di minori e d'interdetti

Della continuità del termine. È perentoria e non soffre interruzione.

3 Il capoverso dell'articolo allude a fatti alcuni dei quali preesistevano al giudizio (numero 3), altri furono contemporanei al giudizio (num. 1), altro è avvenimento posteriore (num. 2). Se non che pur anco nei primi due casi io non soggiaccio a termine coatto, imperocchè nell'uno mi manca il potere, nel secondo la scienza. Entriamo adunque nel vago e nell'indefinito come si fa nelle cose eventuali che non hanno causa conosciuta nel presente.

Parliamo partitamente dei vari casi.

La scienza del caso è il punto da cui muove il termine, rispetto ai due primi.

Viene un momento in cui io posso strappare il velo che nascondeva l'iniquo mistero del giudizio. Noi tutti fummo raggirati, giudice e parte, e abbiamo subito l'inganno. Passarono gli anni, e io imparo che le artificiose circostanze narrate dal mio avversario nelle sue risposte a interrogatorii erano inventate con *intenzione e all'effetto di nuocermi* caratteristica *del dolo*. Quelle risposte avevano dato appoggio alla sentenza, non potendo io stabilire prova in contrario (1).

Io era stato condannato a pagare una somma, che aveva altra volta pagata. L'avversario fece la quietanza, ma non me la consegnò; egli la ritenne e negò sempre di averla, negando il pagamento. Lui morto, la quietanza fu trovata, e fra le carte della sua eredità mi venne fatto di scoprirla.

In cotali evenienze *di dolo e di documento ricuperato*, la legge esige una prova scritta, da cui risulti *il giorno della scoperta o della ricuperazione*.

Primieramente, è forse questa una condizione imposta al ricorrente, o gioverà alla parte contraria per eccepire il decorso del termine?

L'uno e l'altro, io credo, salvo che il ricorrente non si trovasse ancora nel termine ordinario dei 30 o dei 60 giorni. In tal caso non ha bisogno di giustificar nulla. Altrimenti, sta a lui il provare perchè sia venuto così tardi a piatire di una sentenza di vecchia data. La scoperta e il tempo della scoperta è una prova simultanea ch'egli deve fare

La *prova scritta* è ordinata al doppio scopo di dimostrare la verità con un mezzo pronto e sicuro, e di fissare in modo o positivo o probabile la data della sua apparizione. Troppo sarebbe pericolosa la prova testimoniale, si vuole l'evidenza, quella evidenza che colpisce e a cui non si può resistere.

Se non che a noi è mestieri di cifre positive, *è da fissare il giorno della scoperta o della ricuperazione* da ciò dipende l'esercizio del diritto, ossia la sua medesima esistenza. La legge sembra darne in certa guisa l'incarico

(1) Noi parliamo sempre del *dolo della parte*, non del dolo del giudice, che sarebbe redarguito con altri mezzi.

alla prova scritta, la quale perciò dovrebbe raccogliere in sè colla dimostrazione dell'avvenimento quella stessa *del giorno* in cui si produsse alla cognizione del ricorrente, da esso infatti si misura inesorabilmente il termine del ricorso.

Tali questioni sono rare assai, e guai se non fossero rare! ma altrettanto difficile è la prova che si domanda. Ed è anche un pochino irragionevole, diciamolo pure francamente. La prova del dolo io la posseggo in uno scritto che ne contiene la confessione, ma come mai può essere in quello *registrato* il giorno della mia fortunata scoperta? E donde avrò *la prova scritta del giorno in cui ho ricuperato il documento?* I glossatori francesi si passano di tutto questo colla più amabile disinvoltura (1).

Quanto alla specie seconda dell'art. 494, il corso del termine è meglio sistemato potendo esser fissato dal giorno in cui la *falsità venne riconosciuta o dichiarata;* che è sempre una prova solenne risultante da qualche atto pubblico.

3. Ma il giudizio di revoca è forse sempre aperto a codeste eventualità? quando è che si potrà respirare e dire: siamo fuori di pericolo? Mai, secondo il nostro articolo, ma verrà un giorno in cui l'azione sarà prescritta, cioè dopo trent'anni. E dico l'*azione*, poichè quantunque la regiudicata consumi l'azione realizzando il diritto, una volta che l'azione in revocazione abbia avuto effetto, si ritiene che la sentenza non sia mai esistita.

Articolo 498.

La domanda per rivocazione si propone davanti l'autorità giudiziaria che ha pronunziato la sentenza impugnata, e possono pronunziare gli stessi giudici.

Annotazioni

Questioni. — *a*) Facciamo questo caso. Un tribunale di prima istanza proferì una sentenza *che fu l'effetto del dolo di una delle parti*. Ignorandosi la contraria macchinazione, si appellò per ragioni che non ebbero miglior fortuna in appello, quantunque il giudizio procedesse lealmente e senza inganno di sorta, e avendo la corte confermata la sentenza per motivi diversi. In cassazione la sentenza peccatrice è sempre la seconda che approvò gli errori della prima o ne aggiunse degli altri per conto suo. Ma trattandosi di revoca quale delle due sentenze dovrà impugnarsi? La seconda è immune dal dolo, la prima è in qualche modo coperta da quella di appello. A quale autorità giudiziaria dovrà ricorrersi? Il che implica, come ognun vede una questione di principii, una questione generale *se dopo l'appellazione pronunziata una sentenza confermatoria o anche in parte riformatoria, si possa mai attaccare la prima sentenza, perchè in questa e non in quella risiede il vizio che dà luogo al ricorso.* Tema gravissimo che io non veggo trattato dagli scrittori (2).

Motivo di dubitare è sopratutto la lettera del testo e la regola di competenza che prescrive. Non trattasi di ricorso a un tribunale superiore, non trattasi propriamente di una revisione Vera restituzione in intiero che contro la propria sentenza concede l'autorità medesima che ha pronunziato. Nella ipotesi premessa, la corte d'appello invocata per pronunziare giudizio di *revocazione*, troverebbe scevro di vizi il proprio giudicato, e perchè dovrebbe revocarlo? E un tale giudizio non sarebbe forse ultroneo, dacchè la sua sentenza che emanò per motivi giuridici indipendenti dalle bugiarde esposizioni fatte in prima istanza, ne paralizzò per così dire la funesta influenza, e dimostrò che per ragione e per diritto la causa doveva avere il risultato medesimo?

L'avviso opposto mi sembra preferibile.

È nell'ordine inconcusso e fondamentale delle competenze che il vizio irritante i giudicati si esamina sempre nell'ultimo e superiore, non s'indietreggia mai per esaminare il primo, trascurando il secondo. Ciò avviene rapporto al magistrato supremo, molto più

(1) Benchè nella massima, perfetto accordo. « A été jugée le 12 pluvial, an XII (dice il Chauveau, cassation), que la requête civile, formée plus de six mois après la signification du jugement attaqué, est inadmissible, *lorsque la partie ne rapporte aucune* PREUVE ÉCRITE *du jour auquel elle prétend avoir découvert les pièces nouvelles qui servent de fondament au pourvoi* ».

(2) Il Pisanelli, come dirò più sotto, esamina alcune questioni affini, che però hanno comuni i principii.

deve tenersi ove s'incontrerebbe l'assurdo che l'autorità inferiore, annullando la propria sentenza, farebbe cadere la stessa sentenza d'appello. Ed è enorme, impossibile. Nella legge *l'autorità giudiziaria* si considera in un rapporto complesso e per opposizione ad ogni altra autorità rimasta completamente estranea a quel giudizio. In questo senso l'autorità gerarchicamente superiore, qualora sia stata in qualche modo partecipe del giudizio, compendia in sè ogni potere, ed è la sola attuale. Ciò basta all'effettuazione di questa legge. Poco importa sapere, se il vizio si trovi nell'uno piuttostochè nell'altro giudicato. La sentenza che ne confermò un'altra, o almeno la lasciò sussistere in parte, quando meritava di essere completamente annullata, ne assume la responsabilità e contrae, a così esprimermi, lo stesso maiore, i vizi della sentenza di prima istanza sono colpiti in quella d'appello che non seppe correggerli, nè si potrebbe nel presente caso creare una particolarità che offendesse questo grande principio di ragion giudiziaria. Stando così le cose, non è vero che la sentenza d'appello dissipasse e rendesse innocua la pestifera influenza che guastò la prima decisione.

Ora quale sarà lo svolgimento finale? La legge impone pur sempre che la stessa autorità giudiziaria decida la controversia di merito. Revocata la prima sentenza e la propria (supposto che il ricorso le comprenda ambedue), la corte pronuncierà di nuovo.

b) Quid juris *se fu interposto appello dalla prima sentenza, e non fu proseguito o fu dichiarato irregolare?*

Distinguo, o siamo nel caso in cui è necessario esperire l'appello (lo stesso si dirà della opposizione), la decadenza dall'appello, uguagliata al non avere appellato, impedirà la domanda di revoca, o siamo in uno dei casi, 1°, 2° e 3°, dell'articolo 494, *al tribunale e non alla corte d'appello* dovrà portarsi il giudizio (1).

c) *Delle sentenze degli arbitri infette da vizio di revocabilità.*

Basta rammentare l'articolo 32. Se gli arbitri avranno pronunciato in grado d'appello (articolo 31), è competente quella corte d'appello che sovrasta al tribunale che avrebbe dovuto giudicare in primo grado.

d) *Il tribunale di commercio è competente a revocare le sentenze?*

Il dubbio può cadere in ciò che il tema di dolo, di falsità, ecc., non è nella competenza propria di quel tribunale. Ma oltrechè l'articolo 498 è generale, è da porsi un altro teorema — che in giudizio di revoca il dolo, la falsità, ecc., non si discutono *come oggetto del giudizio, ma piuttosto come cause per cui la propria sentenza può annullarsi, e il vero oggetto è la revisione del proprio giudicato.*

Articolo 499.

Chi vuole agire per rivocazione deve provare con quitanza del ricevitore di avere eseguito il deposito di una somma uguale alla multa o ammenda stabilita dall'articolo 506. Altrimenti la domanda è rigettata anche d'ufficio

Articolo 500.

Quando con un solo atto siano impugnate più sentenze pronunziate nello stesso giudizio, basta un solo deposito

Mediante un solo deposito possono più persone aventi lo stesso interesse proporre la domanda di rivocazione, purchè con un solo atto.

Articolo 501.

Sono dispensate dal deposito le amministrazioni dello Stato, e le persone ammesse al benefizio dei poveri per proporre la rivocazione. Queste ultime nell'atto in cui propongono la domanda devono indicare il decreto che le ammette a questo benefizio.

Annotazioni.

Veggansi le Annotazioni all'articolo 521

(1) La mia conclusione è diversa da quella adottata dall'illustre Pisanelli (*Commentario*, vol. IV pag. 50), fors'anche per la diversità dei principii del Codice piemontese del 1854, al quale il suo nobilissimo commento era rivolto.

Articolo 502.

La domanda di rivocazione è proposta con atto di citazione che ne contiene i motivi.

Quando la domanda sia proposta nei giorni centottanta dalla notificazione della sentenza, deve notificarsi come la sentenza a norma delle disposizioni degli articoli 367, 396 e 437 capoverso ultimo.

La domanda di revocazione per adesione è proposta nel modo e nel termine stabilito dall'articolo 470 per adesione all'opposizione.

Annotazioni.

1. Il termine ordinario ad interporre domanda di revocazione è di 30 e di 60 giorni, giusta l'articolo 485. Ma si è visto che al di là di questa cerchia misurata si apre una landa senza confine per dar luogo all'eventualità portate dal capoverso dell'articolo 497. Qui si tira un'altra linea; si suppone possibile la domanda entro i tre mesi, tempo abbastanza prossimo per ritenere ragionevolmente che i materiali rapporti delle cose non siano mutati, e possano le notificazioni della citazione eseguirsi ove furono eseguite quelle della sentenza. D'allora in poi bisogna seguire le regole comuni prescritte alla notifica delle citazioni.

2. *Di coloro che possono proporre giudizio di revocazione.*

Si deve aver fatto parte del giudizio; si deve avere interesse: due condizioni copulative. Non solo ai successori universali, ma anche ai *successori a titolo particolare* (*aventi causa*) appartiene il diritto d'azione.

Nei passati codici piemontesi un largo titolo, chiamato *della revoca ad istanza dei creditori*, avvisava come questi fossero ricevuti contro una sentenza, *che fu effetto del dolo e della collusione a loro danno*. Questo titolo accusava una mancanza grave di quei codici a cui ora è provveduto, come vedremo al seguente capo IV.

3. *Contro chi si propone la domanda di rivocazione?* Quando si trattò dell'appello, la legge parlò e disse *che si doveva proporre contro tutti quelli che vi hanno interesse* (articolo 469). Ora si tace del tutto. Ma la regola non può esser diversa. Non si verranno cercando interessati fuori del giudizio, e non si introdurranno persone nuove, ma fra coloro che stettero in giudizio, taluno potrebbe non avere interesse, chiamato, vi farebbe portar la pena colla rifusione delle spese.

4. L'appellazione propaga i suoi vantaggi a favore di chi non appellò, e la sentenza che si ottiene è utile talvolta a persone non intervenute in giudizio. Sarebbe lo stesso della istanza e della sentenza di revoca?

Intanto noi abbiamo qui parlante il testo in fatto di *adesione*. Si può dunque *aderire* alla istanza di revoca come all'appello: sarà d'uopo essere nelle medesime condizioni d'interesse che sono mentovate nell'articolo 469.

Ma vi sarà un'istanza di *revoca incidente* come vi è un appello incidente? (art. 487). Non saprebbe in vero concepirsi dal caso in fuori che rapporto a qualcuno dei capi in cui l'avversario tuo riuscì vittorioso, tu intenda di fargli lo stesso giuoco se per avventura sia infetto di dolo quel capo in cui riuscì vittorioso, nel qual caso non vedrei ragione per cui la istanza non potesse proporsi in forma incidente. Ma badate che bisogna essere in condizioni possibili, e le riduco a tre: 1° poichè si tratterebbe di capo distinto (mentre sullo stesso capo mancheresti di interesse) non vi sia di mezzo un'acquiescenza positiva, 2° che il termine sia utile, tale potendo essere per l'avversario che cavalca, a così esprimermi, nell'ampie regioni dell'eventuale, e potrebbe non essere per te, che avresti dovuto agire nel primo termine dell'articolo 497, 3° che le tue prove siano ugualmente nitide e certe.

Sin qui ci troviamo avere della attinenze coll'istituto d'appello. Ce ne sono delle altre fondate più addentro, cioè nella essenza delle cose. In materia indivisibile la revoca e la sentenza di merito che le tien dietro, gioveranno eziandio ai non intervenuti (Chauveau in Carré, quest. 1794, 6; Pisanelli, *Commentario*, vol. IV, pag. 535) vale dire *in favorabilibus*, non *in odiosis*. Se la domanda non fu estesa a tutti quelli che erano teco in giudizio, non dovranno risentirne pregiudizio i non citati, e anche in questo convengo col Pisanelli (pag. sudd., num. 1069).

Articolo 503.

La domanda per rivocazione non impedisce l'esecuzione della sentenza impugnata.

L'autorità giudiziaria può tuttavia per motivi gravi dichiarare sospesa l'esecuzione.

Articolo 504.

Quando la sentenza impugnata sia stata prodotta in altra causa, l'autorità giudiziaria, davanti la quale pende quest'ultima, può sospenderne il corso.

Annotazioni

La sentenza che ha già tutti i caratteri della cosa giudicata, può servir di base a tanti altri giudizi conseguenti, ad esecuzioni, a pignoramenti e vendite giudiziali, ad atti contro terzi; e può valere a difesa e in via di eccezione per respingere altrui pretese, rendere insomma tutti quegli uffici che può rendere una sentenza vittoriosa. Ebbene: l'art. 503 abilita l'autorità giudiziaria alla quale è portata la domanda di revoca *a sospendere il corso della esecuzione*, il che da tutte le altre procedure è vietato. L'art. 504 fa di più; autorizza qualunque giudice innanzi al quale pende una causa *ove sia prodotta la sentenza*, a sospenderne il corso. È inutile domandare se questo articolo sia stato ben ponderato; se il redattore abbracciasse nel pensiero tutte le contingenze a cui può dar luogo. È una facoltà pericolosa, e bisogna ben guardarsi dall'abusarne.

Articolo 505.

Nelle cause di rivocazione le sentenze delle corti d'appello e dei tribunali civili devono essere precedute dalle conclusioni del ministero pubblico, salvo il disposto dell'articolo 157.

Annotazioni.

Verremo tracciando alcune linee generali di procedimento.

1. Sappiamo che il giudizio è introdotto per citazione (articolo 502); che nei tre primi mesi può esser notificata nei modi in quell'articolo determinati; che la citazione deve notificarsi personalmente, quanto dire alla residenza, dimora o domicilio.

2. Il carattere del processo risponde alla qualità della giurisdizione. Sommario avanti un conciliatore o pretura, coll'adozione di quella medesima procedura rispettivamente indicata: non ce n'è altra.

È a vedersi se avanti i tribunali civili e le corti d'appello non sia piuttosto da eleggersi il procedimento sommario, ad essi proprio.

Mettiamo fuori di questione i num. 1° e 2° dell'articolo 389. Un giudizio di revocazione non può parificarsi a un giudizio d'appello. Ma io porto opinione non potersi escludere la facoltà attribuita al presidente dal num. 3.

3. In generale può dirsi che le attribuzioni comuni ad ogni giudizio sono nel giudice della rivocazione, e quindi anche per ciò che riguarda la contumacia, la istruzione, le forme incidentali, semprechè siano compatibili coll'indole e scopo di cotesto giudizio speciale.

Raccomando all'attenzione il seguente riflesso che concerne principalmente la questione del dolo. Quando si oltrepassano i termini ordinari all'esercizio dell'azione, è imposta la condizione *della prova scritta*, di cui si fece già cenno all'articolo 497. *Ma se ci troviamo nel termine ordinario, è forse necessaria questa medesima prova scritta, oppure* potremo provare il dolo con ogni mezzo legale? Ecco come si esprime a questo proposito il Pisanelli nel *Commentario* « Il dolo « non si presume, ma può esser provato con « *tutti i modi di prova riconosciuti dalla legge* « Non si è mancato di sostenere che, come il « num. 2 esclude ogni investigazione per pro- « vare la falsità richiedendo una prova certa « di essa, lo stesso debba dirsi del num. 1, ma « i tribunali hanno fatto giustizia di questa « strana eccezione ». E qui rammenta una sentenza della corte di Torino, del 13 aprile 1838, che ammise interrogatorii per provare

il dolo (vol. IV, pag. 541). Questa dottrina a me pare verissima per sè, e conforme al sistema del Codice.

4. Il *ministero pubblico* propone le sue conclusioni nelle cause di maggiore importanza, che si reputano quelle avanti i tribunali civili e le corti, eccettochè i primi non facciano le veci di tribunali di commercio.

Articolo 506.

La sentenza, che rigetta la domanda per rivocazione, condanna l'attore nelle spese e nell'ammenda o multa:

Di lire cinque, se la sentenza impugnata sia di un conciliatore;

Di lire venticinque, se di un pretore;

Di lire cinquanta, se di un tribunale civile o di commercio;

Di lire cento se di una corte d'appello

Lo condanna inoltre al risarcimento dei danni, se siavi luogo.

Articolo 507.

La sentenza che ammette la rivocazione ordina la restituzione delle somme depositate, e rimette le parti nello stato in cui erano prima della pronunciazione della sentenza rivocata.

Articolo 508.

Quando lo stato della controversia lo permetta, si giudica con una sola sentenza sull'ammessione della domanda di rivocazione e sul merito della controversia.

In questo caso la restituzione di ciò che siasi conseguito colla sentenza rivocata è regolata dalla nuova sentenza.

Annotazioni.

Veramente una duplice e ben distinta istanza si fa assumendo il giudizio di revocazione, e questo consta di due pronunciati pure distinti, la revoca del primo, se ha luogo, e una del tutto nuova e indipendente decisione di merito. La scuola suol chiamare *rescindente* la prima parte e *rescissoria* la seconda. Appoggiandosi alla quale distinzione che è nella natura del giudizio di revoca, e non disponendo altrimenti la legge, pensò con altri il Pigeau, che fosse pur d'uopo di pronunciazioni materialmente separate e a una tal quale distanza fra loro, certo per promuovere domande e produrre mezzi e difese di merito. La opinione del Pigeau non fu ritenuta dal maggior numero degli scrittori se non nel caso che gli argomenti della revoca fossero dedotti dal fondo della procedura, anzichè dal diritto per esempio, si trattasse di nullità di procedura, o di omissione di pronunciare sopra un capo di domanda, o di aver giudicato *ultra petita*, subbietti di revoca secondo il Codice francese (Dalloz, *Répertoire reg. civ.*; Chauveau, quest. 1795 bis in Carré; Lepage, pag. 338, ecc.). Ma nel nuovo sistema italiano, risospinti codesti temi alla cassazione, alla quale realmente appartengono, si è potuto predisporre nel testo che *la domanda di revocazione e la controversia di merito si giudica con una sola sentenza*, permettendolo lo stato della controversia. Risoluta la questione pregiudiziale, il merito sarà ripreso con atto da procuratore a procuratore, non più come giudizio nuovo, ma come già instaurato colla domanda di revoca. Secondo il nostro sistema, non sarebbe esatto il dire che l'autorità giudiziaria *ripiglia la propria giurisdizione* in quanto annulla la prima sentenza, ma piuttosto che, non ostante il suo giudicato definitivo, *rimase investita ab origine della facoltà di giudicare una seconda volta*, risolvendosi per certi vizi intrinseci la prima sentenza che si ha come non pronunciata. Ne segue che il libello revocatorio comprende anche la ragione di merito, e porta avanti il tribunale tutta intera la lite.

Articolo 509.

La domanda di rivocazione non è ammessa contro le sentenze pronunziate in giudizio di rivocazione.

Contro le sentenze pronunziate nelle cause per rivocazione di sentenze di seconda istanza è ammesso il ricorso in cassazione.

Contro le sentenze pronunziate nelle cause per rivocazione di sentenze indicate al numero 2° dell'articolo 495 è ammesso l'appello, salvo che la sentenza sia di un conciliatore.

Annotazioni.

1. Una forse non esatta espressione dell'articolo 502 del Codice di procedura civile francese fece attecchire in Francia una singolare opinione seguita dai più chiari maestri di gius giudiziario, quali il Pigeau, il Dalloz, il Carré, ecc., sul potersi contro una sentenza di revocazione ricorrere in cassazione non già da colui che ne promosse la domanda, qualunque ne sia stato l'esito, ma dal suo avversario soccombente. Egli è vero, diceva il Chauveau che non indietreggiava dalle disastrose conseguenze di un simile sistema « que « dans le système de Pigeau que nous adoptons, le demandeur serait à son tour recevable à user de la requête civile contre le « jugement d'admission de celle du défendeur, « et celui-ci réciproquement, *de sorte que les « contestations deviendraient interminables* ». Egli confessa l'inconveniente, e attiensi, come gli altri, un po' troppo materialmente alla locuzione del testo (1). A me pare che l'articolo 578 del precedente Codice sardo peccasse alquanto di tale pericolosa antilogia. La precisione a cui il testo è stato ridotto, ci appalesa che il redattore conosceva la storia dei suoi antecedenti.

Se la domanda fu rigettata per difetto di deposito o di qualche altra formalità preliminare, niun dubbio, potrà riprodursi, se il termine non è passato.

2. La stessa sentenza di revoca è soggetta, come ogni altra, a cassazione. Sono rimedi la cui indipendenza è stata vieppiù assicurata dalle notevoli riforme della nuova legislazione giudiziaria. Una sentenza che ha bastante cumulo di vizi per esser revocata e annullata, può attaccarsi con amendue i mezzi a un tempo come fu notato altrove. Se scorsero i mesi e gli anni onde maturare gli avvenimenti preveduti dal capoverso dell'art. 397, il ricorso in cassazione non sarà pregiudicato, ma verrà sempre dopo la sentenza e dopo gli altri rimedi ordinari, se ce ne saranno, e se alcuno non potrà non vederci una tela interminabile, un eccesso di garanzie (avvertendo però alla vera straordinarietà di simili fatti), di scarsezza e di mancanza, non si dorrà per certo.

3. Il ricorso in cassazione potrà duplicarsi in questo senso, che pronunciandosi separatamente la sentenza di revoca dalla sentenza di merito, si avrà diritto di attaccare la prima, di poi pronunciandosi questa, non impedita dal ricorso che non sarebbe sospensivo, potrà essa pure, se giovi al soccombente, esser fatta segno di un altro ricorso. Ne segue chiaramente che se la prima, che continueremo a chiamare pregiudiziale, va in nulla, cade anche la seconda che in quella si appoggia, e si rifarà da capo il giudizio e resistendo la prima alle censure, potrebbe la seconda essere annullata. Pronunciandosi una sola sentenza, giusta l'articolo 508, è pure palese che non si farà luogo che ad un solo ricorso, e avremo più semplice processo, e meno dannoso a quegli infelici che sono trascinati in cotali giudizi.

In ogni caso di annullamento la causa sarà tratta fuori dell'orbita da prima assegnata; e non più *la stessa autorità giudiziaria*, quanchè sia decaduta dalla facoltà di giudicare per merito de' suoi nuovi errori, ma quella cui sarà inviata deciderà la lite.

4. Veniamo all'appello.

Surrogato il giudizio revocatorio a quello che fu annullato, se trattasi di sentenza proferita *in primo grado*, siamo adunque al me-

(1) « Aucune partie ne pourra se pourvoir en requête civile, soit contre le jugement déjà attaqué « par cette voie, soit contre le jugement qui l'aura « rejetée, soit contre celui rendu sur le rescisoire, à « peine de nullité et de dommages-intérêts, même « contre l'avoué qui, ayant occupé sur la première « demande, occuperait sur la seconde ». Art. 503.

desimo punto, e resta aperto il secondo grado di giurisdizione.

Questa determinazione, che contenuta dalla legge sembra conforme alle più semplici nozioni del diritto giudiziario, o non fu nè preveduta nè discussa, o fu contraddetta da autorevoli scrittori. Il Pisanelli disse nel *Commentario*: « Noi crediamo che in ogni caso e « sempre l'appello sia inammissibile. Il giudi- « zio di revocazione o che s'intenti avanti un « tribunale di prima istanza, o presso un tri- « bunale d'appello, ha sempre la medesima in- « dole. Sorge nel difetto di ogni altro mezzo « ordinario, e per motivi determinati dalla « legge. Però non s'intenderebbe come la sen- « tenza proferita sulla domanda di revoca « fosse talvolta appellabile, ed altra no, e ciò « senza alcun riguardo alla causa, ma solo se- « condo che fosse pronunziata da un tribunale « provinciale o da una corte d'appello » (vol. IV, num. 489).

Non sono queste le sole ragioni che adduceva l'insigne scrittore a sostegno della sua opinione. In favore della legge noi osserveremo la opposta: che la revoca togliendo dal mondo la sentenza, ve ne sostituisce un'altra che occupa lo stesso posto nell'ordine dei giudizi. Un pronunziato di nullità non crea cosa alcuna, non fa che distruggere. Il giudice ingannato si riabilita in certa guisa confessando e riparando il proprio errore, e torna qual era prima, riassume lo stesso compito, giudica la stessa causa, nella stessa condizione e grado. Se la prima sentenza non fu appellata, ciò avvenne perchè il risultato ci tornò favorevole. Ora ci è stato contrario, e noi appelliamo: ciò sembra naturale. Se poi non si appella da una sentenza di corte, egli è perchè essendo esauriti amendue i gradi di giurisdizione, non si fa luogo ad ulteriore appello.

Ma qui sorge una questione assai grave. La sentenza di revoca fu pronunziata prima del merito e in modo principale. È luogo all'appello? Se questo è, ne conseguita che confermata la sentenza, e pronunziandosi la sentenza di merito, da questa pure si potrà interporre appello. Oppure la corte d'appello, confermando, pronuncierà eziandio sul merito? Vede ognuno che ciò non potrebbe avvenire se a tanto non si estendesse la domanda d'appello. Ma giova supporlo. Il mio parere è che si possa portare alla corte (diremo al tribunale, se la sentenza è di pretore) anche la controversia di merito. Oltre la patente analogia che può derivarsi dall'articolo 492, reputo che la logica attinenza dei due giudizi, lo spirito e scopo della legge concorrano a favore di questa conclusione. Non dimenticate però la limitazione dell'articolo 493 qui pure osservabile, regola essendo d'ordine superiore, rivolta a mantenere la integrità del doppio grado, mentre il giudice che si dichiarò incompetente, nulla conobbe della questione, e nulla decise. Io diceva che la parte *ha facoltà* di proporre appello dalle due sentenze congiuntamente. Ciò suppone una pronuncia distinta, ma prossima in qualche modo. Se la sentenza di revoca mi è notificata, se vanno scorrendo i termini, io potrò bene da quella appellare, tenendo il metro che si era notato parlando del ricorso in cassazione. Eccoci a fronte di due distinti appelli. Riassumendo: 1° se le due sentenze che rappresentano i due momenti decisivi del giudizio di revoca sono pronunziate in un sol fiato, alla stessa udienza, molto più se ne formano una sola, unico è l'appello; 2° unico può essere l'appello, eziandio separate le due sentenze (1); 3° facoltà pure di separare l'appellazione, specialmente se la prima sentenza fu notificata.

Viluppi sono questi, istorie lunghe di liti intralciate e pressochè interminabili, io ne convengo, e sempre più dura si fa la condizione dei litiganti per tutto quello che ha di vago e di illimitato l'articolo 497, ma sono tutte conseguenze logiche del sistema. Io ne conchiudo che la istituzione, tolta in origine, colla levità propria di chi imita, dallo straniero, malgrado le riforme che ha subito, ha mestieri di nuovi studi. Alcuni dei nostri buoni codici, quali furono quelli di Roma, Parma e Modena, se ne passarono; e forse non sarebbe male abolire la istituzione qualvolta nella corte suprema si concentrassero attribuzioni che ne tenessero luogo.

---

(1) È manifesto che, reietta la domanda di revoca, [illegible]

CAPO IV.

DELL'OPPOSIZIONE DEL TERZO

Articolo 510.

Un terzo può fare opposizione a sentenza pronunziata tra altre persone, quando pregiudichi i suoi diritti.

Annotazioni.

1. La teoria conosce due forme di opposizione, una *principale* ed una *incidente* questa, adottata da tutte le legislazioni, non è altro che l'intervento volontario dell'art. 201 e 202, di cui è base l'interesse, e scopo il combattere o l'una o l'altra delle parti, sostenere l'azione o contrastarvi; e per due caratteri specialmente si discerne della opposizione principale 1° perchè s'intromette, *incidit* in un altro giudizio, 2° perchè è *preventiva*, e mettendosi in linea cogli altri litiganti, il terzo si prefigge di conseguire un giudicato conforme al suo diritto (1).

Ognun vede che il terzo avanzandosi in tal modo sul campo di battaglia, può prendere, useremo una frase che non ha guari era frequente, *delle posizioni favorevoli*. I due codici sardi hanno creduto che ciò dovesse bastare, dappoichè il terzo che avesse lasciato correre il giudizio, non aveva che temere da sentenze non preferite in suo contesto; il principio, *res inter alios acta*, era sempre là per guardarlo da ogni offesa.

Nondimeno la mancanza di tale istituto era stata rimproverata ai codici sardi; il ritorno al sistema francese era affrettato dagli scrittori, e io credo con ragione. La esistenza di una dichiarazione autorevole di diritto a me contraria, quantunque non eseguibile contro di me, mi nuoce moralmente in più guise. Mi nuoce per quell'autorità che facilmente s'impone ai giudici di uguale o inferior grado che dovranno risolver lo stesso problema; mi nuoce perchè la minaccia del mio avversario ha preso un carattere di maggior gravità e quasi di legalità, mi nuoce finalmente perchè la solidità del mio diritto ha già ricevuto una scossa nella opinione, e in me è diminuito il sentimento della mia sicurezza. La legge tutela la mia libertà quando mi permette di liberarmi dalla inquietudine di questo stato incerto di cose, affrontando la sentenza, e provandone l'ingiustizia prima che l'avversario venga a ferirmi con un diretto assalto. Vedremo nel corso di questa nota che la sentenza può recare al terzo un danno effettivo.

2. *Contro quali sentenze si ammette l'opposizione del terzo?*

a) Ogni sentenza, generalmente parlando, può essere oppugnata con questo mezzo. La condizione d'impugnabilità di ogni sentenza è l'*interesse*, ed è ciò che viene particolarmente mentovato nell'articolo. Non s'impugna una semplice ordinanza, un semplice decreto preparatorio e d'istruzione, perchè non si ha interesse di farlo; ma si una sentenza interlocutoria, avente *vim definitivae* sul punto deciso (V. Annotazioni all'articolo 360).

b) *Ma non sarebbe per avventura fuori del sistema la sentenza degli arbitri?* (2). Così insegnano Chauveau, quest. 1708, Merlin, *Rép.*, v° *Opposition* tierce, Berriat ed altri, i quali pensano che tali sentenze non siano suscettibili di opposizione di terzo, e si fondano

(1) Il Poncet ha bene definita la opposizione del terzo « Quel est en effet le caractère effectif de la « tierce opposition? C'est d'être comme une action « principale d'intervention formée par un tiers, non « pas dans une cause existante, puisque après le « jugement il n'y a plus de cause; mais dans l'exé- « cution de ce jugement, pour en prévenir ou en « faire réparer l'effet à son égard ». E ciò quantunque esecuzione propriamente non sia cominciata (Poncey, *De la tierce opposition*, num. 390).

(2) In compromesso *volontario*: essendo ritenuta vera sentenza giudiziale se nasca da arbitramento forzato.

in due ragioni: 1° perchè le sentenze arbitramentali non sono vere sentenze, 2° perchè nell'articolo 1022 del Codice di procedura civile era scritto che *le sentenze degli arbitri non sono opponibili ai terzi*. Il Poncet osservava in aggiunta: « Les arbitres ne tenant en ce « cas leur pouvoir que des parties elles-mêmes « qui n'ont pu les constituer juges publics ». Chi rispondesse che la sentenza degli arbitri assume carattere giudiziale dopo la sanzione del magistrato che la rende eseguibile, sentirebbe replicarsi dal Poncet: « Le jugement « arbitral, même rendu exécutoire, n'est tou« jours que l'exécution d'un mandat, contrat « privé contre lequel on ne doit pas plus être « admis à la tierce opposition, que contre toute « autre convention » (num. 417).

È una questione che merita attento esame.

Si potrebbe osservare dapprima, venirci meno amendue le ragioni che sembrano essere, ma in realtà non sono, il fondamento di codesta opinione. La sentenza degli arbitri ha tutti i caratteri e tutti gli effetti di ogni altro atto che porta questo nome: è circondata di tutte quelle guarentigie che alle altre competono, può essere appellata, riveduta in giudizio di revoca o in cassazione, è insomma una vera sentenza. L'art. 1022, che, qualunque non abbia per sè un significato d'importanza, è tuttavia ritenuto decisivo dagli scrittori francesi, quell'articolo manca nel nostro Codice. Contuttociò il giudizio degli arbitri, rimpetto al sistema generale della procedura, è senza dubbio *extra ordinem*, e non tollera quella espansione, userò questa frase, di cui sono capaci le contestazioni recate ai tribunali. La chiamata di un terzo garante, l'intervento di un terzo interessato, non può concepirsi in un giudizio di arbitri; l'arbitramento è fondato sulla convenzione, e chi non intervenne quale compromittente nella convenzione, non può aggiungersi ai contendenti, gli arbitri per lui mancherebbero di giurisdizione. In ciò siamo pienamente d'accordo. Anzi questa è l'unica e vera ragione, mentre se noi valutiamo il danno morale che riflette sopra di noi da una sentenza che ferisce indirettamente qualche nostro diritto, se la sentenza degli arbitri autorata dal giudice può recarci anche un danno effettivo (di che vedi più avanti num. 4), in tale aspetto non si vedrebbe perchè dovesse negarsi la opposizione del terzo.

Il giudizio arbitrale può essere limitato dalla convenzione ad un solo grado di giurisdizione e può estendersi ad amendue. In questo secondo caso l'intervento è impossibile, e quindi impossibile la opposizione del terzo. La quale che è mai fuorchè un intervento in via principale, come si esprime il Poncet nel passo sovracitato? In quello che chiamasi propriamente intervento, un terzo che non fu invitato, viene ad assidersi volontario nel giudizio fra atto ed atto della causa e prima della sentenza; nell'altro caso entra fra la sentenza e la sua esecuzione: ambedue sono modi di difesa del terzo, hanno l'indole di quelle azioni che si dicono *de damno infecto*, a prevenire un danno che si minaccia. L'intervento nel corso di un giudizio arbitrale è cosa inconcepibile, io dissi, non potendo venir di fuori verun litigante che non sia nel compromesso, *ergo* la opposizione del terzo non può aver luogo, e in questa parte la dottrina francese è irrecusabile.

Ma noi andiamo più avanti, e poniamo il quesito: *se passando il giudizio degli arbitri al tribunale o alla corte come giudice del merito in grado d'appello* (art. 29), *potrà in tal caso aver luogo l'intervento e la opposizione del terzo?*

Che l'intervento si ammetta in appello è dichiarato dall'articolo 491 appunto per coloro che hanno diritto di *formare opposizione*, per coloro cioè che hanno interesse speciale e diretto.

Il forte della questione sta in ciò, se il giudizio arbitrale una volta finito per continuare in grado d'appello avanti i giudici ordinari, mantenga la sua natura esclusiva di ogni nuova intrusione di litiganti, o piuttosto assuma, per questo rispetto, il carattere comune a tutti i giudizi.

Motivo di dubitare sarebbe che la natura di ogni giudizio si desume dai suoi principî e dalla sua causa, che considerandosi l'appello come una continuazione dello stesso giudizio, questo riceve bensì dall'appello un nuovo sviluppo, ma non può essere e non può diventare un giudizio diverso. Tanto è vero che la seconda sentenza, qualunque sia, trae la sua ragione di essere dalla sentenza degli arbitri.

Io sento la forza di queste ragioni. Nondimeno sono nel credere che l'intervento in appello e la opposizione del terzo debba concedersi.

Dipenderà dai compromittenti o il rinunciare all'appello o il commetterlo agli arbitri, ma tranne il primo grado, piacque ad essi di seguire la legge comune. La forma del secondo giudizio è quella generale che è indicata per gli appelli, e, tale essendo, si dovrebbe fare una eccezione all'articolo 491, e con quale autorità il giudice possa farla, in verità non si vede. In ogni giudizio d'appello

« necessario che il proprietario, *invece di la- « sciare in disparte il primo giudicato, e pro- « porre ex integro la sua azione*, abbia il di- « ritto di portarsi opponente al giudicato me- « desimo per dimostrarne l'errore e per im- « pedire anzitutto la esecuzione »

Il Pisanelli pone altri due casi notevoli che finiscono di determinare la nozione dell'inte- resse del terzo. Suppone che si tratti di de- molizione di un edifizio, diviso sì, ma mate- rialmente unico il proprietario di una parte più o meno estesa dell'edificio, ha tutto il di- ritto di garantirsi da rovinose esecuzioni, e forse è in grado di opporsi in genere alla de- molizione. Fingasi, in altra specie, che la que- stione versi *sulla cancellazione di un ipoteca*, e che il terzo abbia interesse nella sua con- servazione; una volta cancellata la iscrizione, il danno, ben si vede, può divenire irrepara- bile. Il terzo però, io aggiungo, non sarebbe fondato allegando, per es., *un interesse gene- rale di creditore* (1). Dovrebbe provare un in- teresse più vicino, più connesso alla esistenza di quella ipoteca, per es., se ha una conven- zione coll'attore, se è coerede, ecc.

Articolo 511.

L'opposizione del terzo si propone davanti la stessa autorità giudiziaria che ha pronunziato la sentenza impugnata, e possono su di essa pronunziare gli stessi giudici.

Annotazioni.

1. Questioni — a) *Se la sentenza della corte ha confermata quella del tribunale, la opposi- zione del terzo a quale delle due autorità deve essere portata.*

Non si mette in dubbio che l'autorità giu- diziaria che ha pronunciata la sentenza con- tro la quale si solleva la opposizione, sia la sola competente. Ma se una sentenza di prima istanza è stata pienamente confermata in ap- pello, non è forse quella l'autorità giudiziaria che ha pronunciato, perchè la seconda non fa che annientare l'appello e dire che ha giu- dicato bene? Il Merlin concluse in contrario « C'est sans contredit devant le tribunal *de « qui est émané le jugement confirmatif* qui « doit être portée la tierce opposition ». Quel *sans contredit* poteva dirlo il giureconsulto al tempo suo. Si ricordano altresì due decisioni della cassazione francese nello stesso senso (16 febbraio 1828, *Journal Av.*, tom. XXXVIII, pag 298, 11 maggio 1840, *Journal du Pa- lais*, 3ª edizione, t. II, quest. 1840, pag. 129), stando specialmente sull'argomento che alla terza opposizione i due gradi di giurisdizione non occorrono. E in questo avviso sembra es- sere il Chauveau in Carré, quest. 1723). Il Carré pensò all'incontro che la opposizione deve portarsi avanti il tribunale la cui sen- tenza fu confermata. Vanno col Carré il Pi- geau (*Comment.*, tom. II, pag. 63), il De Lan- glade, il Poncet, ecc.

Io ho proposto il caso inverso, ove *la sen- tenza del tribunale fosse stata infirmata dal- l'appello*. È manifesto che in questo caso la opposizione non può esercitarsi che avanti al secondo giudice, perchè la sentenza di lui è quella che mi offende; è la sola che esiste in quel senso, il primo giudice fu esautorato dalla disapprovazione dell'autorità superiore. Io dunque, prego tenerlo in mente, non mi faccio per veruna maniera appoggio dei due gradi di giurisdizione; ma son fermo in ciò, che la sentenza confermata è la sola che tiene il campo, e *dalla sentenza confermatoria ac- quista questo solo ch'essa diviene cosa giudi- cata*. Ad essa di fatti si devolvono tutte le co- gnizioni dell'esecuzione (art. 492), al quale ordine il presente istituto in gran parte ap- partiene.

È di molto rilievo statuire o avere per in- dubitato che il terzo opponente *non ha un diritto assoluto di godere dei due gradi di giu- risdizione*. Malgrado alcuni pareri contrari, il principio a me sembra della maggior evi- denza. Voglio prescindere un momento dalla legge che conduce per via diretta a questa con- seguenza, mentre, nella sua generica espres- sione, l'autorità giudiziaria indicata dall'arti- colo 511 può ben essere tale che non abbia superiore, come appunto una corte d'appello. Del resto l'opposizione è facoltativa; del pari che l'intervento è una facoltà *che si esercita nello stato e condizione del processo*. Il terzo può, se meglio gli piace, vantaggiarsi dei due

(1) Tale interesse potrebbe bastargli per l'intervento dell'articolo 201, non per quello dell'art. 491 e per la opposizione di terzo.

gradi di giurisdizione, istituendo un giudizio separato e distinto, quantunque per più rapporti possa tornargli meno utile.

b) Che una corte giudichi per suo attributo in ultima istanza, chi potrebbe dubitarne? Gli scrittori spigolando sottilmente, come sogliono, la messe, si fermarono nella ipotesi *di una opposizione presentata al tribunale giudicante in grado d'appello da una sentenza mandamentale* (ora pretoriale). Come il *tribunale* fa ad un tempo funzione di giudice d'appello verso quella, e le sue sentenze sono appellabili alla corte, si è creduto di elevare una seria questione, domandando *se almeno in questo caso il terzo opponente potesse appellare*. Il dubbio è risoluto in senso affermativo da uno scrittore di grande autorità in questa materia, il Carré; ed è in omaggio di lui che ho voluto qui darne un rapido cenno.

Il Carré ha espressa quest'opinione nel suo *Trattato della competenza*, part. II, l. XI, tit. 4, quest. 306, t. IV, e sembra in modificazione di altro e diverso suo avviso. Una decisione della corte suprema del 29 novembre 1820 pareva giustificarla. Il terzo non poteva, permettendolo le circostanze della causa, essere privato del doppio grado di giurisdizione: ecco tutto. Il Merlin diede, con una certa esitanza, il suo giudizio: « Que l'on doit regarder le tribunal d'arrondissement *comme investi d'un pouvoir suffisant pour juger la tierce opposition en dernier ressort* ». Manco male. Il Poncet si determinò in questo senso, sollevando la mente al vero principio: « Car le jugement attaqué avait été rendu en second degré; *c'est à ce jugement de second degré que le tiers avait formée opposition* pour le faire rétracter à son égard; or il n'avait pu porter cette opposition que devant le tribunal qui avait rendu le jugement, c'est-à-dire devant un tribunal de second degré » (*Tract. des jugements*, num. 421. Il Chauveau, nella quest. 1730, si è messo risolutamente da questa parte. Ma, se Dio ci aiuti, dove sta qui la difficoltà? Ripetiamolo anche una volta. L'intervento, come la opposizione del terzo, non sono che *addizioni* ad un giudicio o pendente o deciso, che è il suo sostrato. Se, per quanto lo riguarda, può influire nella conclusione, egli deve subire la condizione della procedura allorchè sia pervenuta al suo ultimo stadio; è pervenuta al suo ultimo stadio quando ha percorso il secondo grado, e se il tribunale ha giudicato in secondo grado, la sua decisione è sovrana come quella d'una corte d'appello.

Articolo 512.

Quando la sentenza sia impugnata dai creditori di una delle parti, per essere effetto di dolo o collusione a loro danno, l'opposizione si propone nel termine stabilito per appellare nell'articolo 485, che decorre dal giorno in cui hanno potuto scoprire il dolo o la collusione.

Annotazioni.

1. Chi fu parte del giudizio, non è ammesso alla opposizione, *egli non è un terzo*. In giudizio si può stare colla persona propria o per rappresentante. È ritenuto che, quantunque la rappresentanza sia illegittima, e quindi a tale rispetto possa annullarsi la sentenza, il male rappresentato non può mai reputarsi un terzo (Poncet, *Des jugements*, pag. 399).

Ma la rappresentanza è *personale* o *reale*. Porto nella prima categoria tutte quelle che sono richieste ad integrare la persona in quella funzione di stare in giudizio; chiamo *reale* quella che deriva dai rapporti delle cose, dalla condizione dei diritti. Verrò descrivendo alcune linee intorno a questa forma che presenta maggiori difficoltà, senz'assumere discussioni, e per semplice memoria di chi mi fa l'onore di leggermi.

a) L'*erede* o *legatario universale* è stato completamente rappresentato in giudizio dal suo autore: ripugna a lui l'attributo di terzo.

b) Il compratore fu rappresentato dal debitore quando *l'acquisto è posteriore* alla sentenza. La dottrina giuridica adotta la stessa conclusione qualora l'acquisto sia stato fatto *pendente il processo;* il venditore possedeva la pienezza de' suoi diritti quando fu instaurata la causa, il contratto giudiziale era già formato, il fondo era in certo modo vincolato alla lite. In siffatta contingenza il compratore non è un terzo, e non ha il diritto di opposizione. Può avere quello dell'appello. Se *la vendita è anteriore al giudicio*, se il venditore fu da altri citato, se nacque sentenza che il compratore stimi tornare a suo pregiudizio, gli compete la opposizione del terzo.

c) L'*erede* che in appresso accettò la successione, o il *legatario universale*, è stato le-

gittimamente rappresentato in giudizio dal *curatore dell'eredità giacente*.

d) È stato deciso che i sindaci irregolarmente nominati rappresentano fino alla loro esclusione, a questo effetto, i creditori del fallito; e i sindaci, anzi legalmente eletti, non hanno qualità di terzi (cassazione francese, 26 marzo 1823).

e) Nella stessa condizione è il coobbligato solidario rimpetto ai giudicati proferiti contro il coobbligato.

f) Il *garante* che non è intervenuto nel giudizio, è un terzo relativamente alle sentenze pronunziate contro il garantito: la questione sarà sull'interesse, e secondo la pressione più o meno diretta che subirà dalla decisione, sarà o no ascoltato.

g) L'*usufruttuario* si considera come terzo rispetto alla lite di rivendicazione mossa da un Tizio contro il proprietario dal quale lo stesso usufruttuario ha causa. Accenno a questa circostanza come quella che può fare qualche difficoltà. Tuttavia la ragione del decidere sta in ciò, che l'oggetto della lite veniva a limitarsi sul terreno della proprietà, dacchè l'usufruttuario non era stato citato. Del resto trattandosi di *usufrutto legale*, non ci sarebbe la menoma questione.

Certamente il ben distinguere i *diritti propri dai diritti trasmessi* è uno dei criterj regolatori in questa materia, e quindi

h) *Il venditore con patto di ricupera* non ha causa dal compratore, nè da lui è rappresentato nelle liti relative allo stesso fondo, ma si riguarda come terzo che ha diritto di opposizione (Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, tom. III, num. 1353).

i) Il *sub-conduttore*, avendo diritti suoi propri, distinti da quelli del conduttore che in lui gli ha trasferiti, non è un *avente causa* rispetto alla lite intentata contro lo stesso conduttore per la nullità della locazione. (È anche l'opinione del Chauveau in Carré, quest. 1710, benchè non molto disputabile).

2. Osserviamo ora la posizione dei creditori, ed entriamo più direttamente nell'analisi dell'articolo 512.

Generalmente parlando, i creditori sono rappresentati dal debitore; le questioni decise in confronto del debitore sono decise anche contro di essi: essi possono intervenire, e, secondo i casi, appellare e ricorrere per revocazione, ecc.

Sono però in condizione diversa i creditori quanto alle loro *eccezioni personali*, nelle quali non possono essere dal debitore rappresentati, e più spesso si verifica un rapporto avversativo. Tale sarebbe la condizione del creditore ipotecario rispetto ai suoi particolari diritti (1); tale, e più forte ancora, allorchè si tratti di rompere una trama di *collusione* e di *frode* ordita a suo danno. È del tutto evidente che la rappresentanza del debitore sarebbe una menzogna, la contestazione un delitto; il giudicato, che ne è il prodotto, una cosa indegna del nome.

Sotto questo aspetto la legge ha considerato la posizione dei creditori in un modo cioè del tutto speciale, quantunque in ogni altro caso loro non appartenga la *opposizione del terzo*. Ma ciò sarebbe contro le tradizioni della giurisprudenza, dalla quale noi togliamo il presente istituto, onde si è necessario chiarir questo punto.

In generale, e nelle specie più comuni, i creditori chirografari non possono guardarsi come terzi (se ne togli la previsione del presente articolo), eccetto che non fossero vestiti di alcun diritto reale per cessione, sequestro, pignoramento, ecc., non senz'aggiungere però che la qualità del diritto in quanto sia meramente derivativo e si quello del debitore si confonda, ovvero sia personale e proprio, molto dipende dalle specialità dei casi.

Passando a vedere se i creditori ipotecari non siano ammessibili alla opposizione di terzo, fuorchè nel caso del nostro articolo, la pratica ha raccolto esempi che possono servire di guida per casi analoghi, e che al postutto bastano a provare che i creditori ipotecari non sono esclusi dal diritto della opposizione: uno di questi esempi sarebbe se il diritto del creditore ipotecario fosse stato alterato, ordinandosi la rinnovazione di una iscrizione che era stata cancellata (Merlin, *Opposition tierce*, *Répert.*, art. 4 (corte di Torino, 2 marzo 1808, lib. x, 2, 301, corte di Parigi, 15 aprile 1811, lib. XI, 2, 472).

4. *Dei termini*.

Gravi questioni si sollevano da questo punto.

La prima è *se sia prescritto termine alla opposizione ordinaria del terzo*, e quale sarebbe.

(1) Più sotto vedremo se il creditore ipotecario abbia diritto di opposizione. Del resto si deve sempre rammentare che la *posizione del terzo* è più considerevole perchè non venendo direttamente e necessariamente colpito dalla cosa giudicata, non solamente si difende colla eccezione del *res inter alios acta*, non solamente ha diritto di opposizione senza bisogno di appellare, ma può anche istituire integro e separato giudizio.

Ordinaria io dico quella generale facoltà di opposizione che è impartita dall'articolo 510. Invero la legge sembra non essersi occupata che della straordinaria, ravvisata nell'art. 512, di quella opposizione cioè che sorge legittima dalle insidie tese a danno dei creditori, e che deve ritenersi comune a tutti coloro che, avendo uno speciale interesse nella causa, furono colle stesse arti spogliati dei loro diritti. Pensando a cotale eventualità, la legge dà la misura del termine, ed è quello stesso che si concede all'appellazione ma la movenza del termine è anch essa eventuale, e discende dalla scienza che l uomo ha potuto avere della frode e collusione che gli è ordita contro. Ma che mai avviene nei casi ordinari ove tutto è silenzio? *Sarebbe forse statuito lo stesso termine dell'appellazione*, comechè desumendo il punto di partenza da un dato diverso?

Io sono ricorso avidamente alla relazione ministeriale, la seconda non fa motto; quella del Pisanelli non è di qualità da incoraggiarmi in quella idea, perchè ivi è detto molto chiaramente che *non venne prefisso alcun termine speciale per la opposizione del terzo.* Se non che io sto fortemente in dubbio che l'alto giurista non abbia così dicendo contemplato il caso ordinario della opposizione, mentre poco appresso riflette che *non sarebbe stato logico* statuire un termine certo, poichè « se la noti« ficazione della sentenza fatta alla parte non « basta a far decorrere il termine per impu« gnarla col mezzo della rivocazione, quando « sia stata vittima del dolo dall'altra parte », così solamente *dalla scoperta del dolo e della collusione* deve il termine computarsi. Io dunque mi avviso che al caso ordinario dell'articolo 510 non ponesse mente l egregio ministro.

Gl'inconvenienti però di questo sistema negativo si presentano e fanno forza alla ragione. Come mai trattandosi di un rimedio *per equità* accordato a tale che forse non aveva diritto alcuno di esser chiamato in causa, al quale infine rimane riservata e preservata ogni azione, e che può difendersi in tanti modi, sarebbe prodigata la immane facoltà di turbare le cose giudicate oltre ogni termine ragionevole, di introdurre cioè opposizione anche dopo i termini dell'appello e della cassazione?

Se per altro l autorità della tradizione potesse render plausibile ciò che è condannato dalla ragione, si avrebbe parata la giurisprudenza francese, nella quale si ritiene costantemente che in quel sistema la opposizione del terzo è sciolta da ogni disciplina di tempo, e si può fare quando si vuole, *salva soltanto la prescrizione.* E poichè tali erano gli intendimenti della cassazioni e di più autori « nous « pensons également, soggiungeva il Chau« veau, qu'en thèse *le temps de former tierce « opposition n'étant pas limité*, elle peut avoir « lieu, soit tant que le jugement est suscep« tible d'exécution, soit alors même qu il aura « été exécuté, tant que le tierce n'y a acquie« scé ni directement, ni d'une manière indi« recte »

Soluzione.

Malgrado questi elementi negativi, seguendo il filo che mi porge questo medesimo articolo e il consiglio della mia ragione, dico che *qualora fosse al terzo notificata la sentenza, il suo diritto di opposizione sarebbe limitato al termine in cui è lecito appellare* non ammetterei altra prova di scienza presunta, ritenuti però gli effetti dell'accettazione, come di ogni altra sentenza alla quale abbiamo interesse di opporre.

L'*altra questione* è se, per il disposto dell'articolo 512, il terzo, volendo profittarne, debba premunirsi della *prova scritta* voluta dall'articolo 497, parte II, e tale io credo l obbligo suo. Motivo di dubitare è il silenzio del testo, ma un riferimento implicito a quella legge non può negarsi, e l'*eadem causa* è evidentissima.

Articolo 513.

L'opposizione del terzo si propone e può essere notificata a norma dell'art. 502.

Annotazioni.

1 È richiamato per la sua completa applicazione l'articolo 502. Tutti quelli che intervennero nel giudizio saranno citati.

Dell'adesione.

Dell'adesione e dell'intervento parlando, così opportunamente distingue la relazione Pisanelli. « Non occorreva stabilire alcun ter« mine speciale per l'adesione che si vo« lesse dai cointeressati prestare alla opposi« zione di terzo proposta da alcuno di essi. « *L'adesione riguarda propriamente coloro « che presero parte o furono citati nel giudizio « in cui emanò la sentenza impugnata.* Ma pro« posta la opposizione di terzo da taluno degli

« interessati, *gli altri che abbiano diritto di « fare la stessa opposizione potranno intervenire nel giudizio*, e loro saranno generalmente applicate le regole che governano « l'intervento in causa ».

2. « Contro le sentenze proferite sulla opposizione del terzo (continua la relazione) « sono ammessi i rimedi che si possono far « valere contro le sentenze pronunciate negli « altri giudizi ».

S'intende *se e come tali rimedi siano possibili*. Non sarà possibile l'appello, se la opposizione fu fatta contro sentenza di secondo grado.

Che si dirà della revoca? Compete al terzo cogli altri anche questo rimedio?

La opposizione del terzo dal rimedio della revocazione differisce sostanzialmente in questo che l'una attacca una sentenza che rispetto all'opponente non ha carattere e virtù di giudicato, l'altro tende ad abbattere lo stesso giudicato che lo colpisce. Ciò spiega come per l'articolo 512 possa intentarsi opposizione di terzo per quegli stessi motivi per cui nel sistema generale è istituita la revocazione. La opposizione di terzo comprende adunque anche questo diritto; e manifestamente lo assorbe, e inabilita l opponente a ripetere il tentativo in giudizio di revoca. Vero è bensì che dalla rea pece potrebb'esser guasto quel medesimo giudizio a cui è portata la opposizione, e potrebbe per avvenimento molto strano essere respinta la opposizione per dolo e collusione elevata contro una sentenza, e il vizio affiggersi invece allo stesso giudizio di opposizione, e contaminarlo. Che in simili casi possa esperirsi eziandio la revocazione, non è a dubitare.

Articolo 514.

L'opposizione del terzo non impedisce l'esecuzione della sentenza impugnata contro la parte condannata.

L'esecuzione è sospesa, quando possa derivarne pregiudizio ai diritti del terzo, salvo che l'autorità giudiziaria ordini per motivi gravi l'esecuzione, non ostante l'opposizione del terzo.

Annotazioni.

1. Venuto a questo punto il legislatore si è trovato come fra due forze contrarie è tratto a respingere le sospensioni per lo rispetto del giudicato che, quantunque oppugnabile dal terzo, è definitivo nel rapporto delle parti fra le quali fu pronunciato, d'altro lato non deve rendersi illusorio o almeno insufficiente il beneficio. Rimettersi alle circostanze, lasciarne l'arbitrio al giudice, è sempre la migliore. In Francia la tradizione discesa dalla celebre ordinanza del 1667 ha stanziata una grande limitazione, per la quale è di rigore la esecuzione di quei giudicati definitivi che ordinano la consegna od espulsione dai beni immobili (articolo 478 del Codice di procedura civile), malgrado l'opposizione del terzo, e senza pregiudizio dei suoi diritti.

La nostra legge si è meglio inspirata al principio di equità. Il gius precostituito e l'equità non si accordano sempre *L'equità è il diritto della circostanza*. Il giudice non potrà mai scevrare dalla sua mente due fatti; l'apparente ragione del reclamante, lo stato del processo esecutivo. Il pensiero della legge restrittiva in Francia fu questo che di consueto le opposizioni che si fanno agli atti di esecuzione non sono di buona fede; e che trattandosi d'immobili, il terzo non risente un vero pregiudizio, potendoli vendicare da qualunque possessore. Eppure in qualche caso il terzo (così detto perchè non fu chiamato in causa, ma che può avere un interesse vivo e presente) il terzo subirà una reale ingiustizia, uno spoglio, e la tarda rivendicazione non sarà che fonte di danni per lui e per gli stessi possessori. Cattivo servigio avrebbe reso a tutti la legge!

Evidentemente la nostra si mostra inchinevole a sospendere la esecuzione, e quasi lo richiede *concorrendo il pregiudizio del terzo*. Vi è una gran latitudine in cotale espressione, e si comprende di leggieri ogni pregiudizio che può nascere da un'esecuzione d immobili, da una vendita giudiziale. Anzi è tanto difficile concepire *come pregiudizio non v'abbia* quando l'esecuzione è illegittima e gravante, che l'attenzione del giudice si fisserà principalmente sul *bonum jus*, che ad occhio esercitato ben presto risplende, *motivi gravi* pei quali la domanda di sospensione sarà rigettata, non sono adunque che l *eccezione*.

2. *Dell'effetto della opposizione del terzo rimpetto alle parti comprese nella sentenza.*

La opposizione del terzo è un rimedio individuale come ogni altro, non concerne che il

suo interesse. Se la sentenza dev essere annullata, non le sarà che in questo limite. *A* e *B* condannati a favore di *C* loro creditore, hanno anche subito pignoramento su fondi di loro rispettiva proprietà. In questo stato di cose entra un terzo, *D*, che portando un titolo autentico di cessione anteriore al giudizio fattogli da *C* del credito verso *A*, fa opposizione, domanda che la sentenza sia dichiarata inefficace e la esecuzione intanto rimanga sospesa, stantechè essendo egli affittuario di *A*, viene a soffrirne danno. È manifesto che la opposizione non influisce sulla condanna di *B*, nè fa ostacolo alla esecuzione che lo aggrava.

Vi è divisione d'interessi quando la sentenza si parte in capi distinti, e la opposizione non riguardi che uno di essi. Vi è pure divisione d'interessi quando la causa della condanna subita da taluno sia indipendente dal diritto del terzo, siccome nel sovra posto esempio. Ma codesto criterio non è sempre sufficiente per concluderne, che in presenza di un nuovo giudicato questa posizione sarà mantenuta.

La opposizione del terzo che tende a innovare sulla decisione in ordine ai rapporti giuridici formati dalla sentenza, può ben produrre discrepanti effetti, e per diverse cagioni, può ad alcune parti nuocere, ad altre giovare, ed in questo duplice aspetto può tracciarsi qualche linea di una teorica che manca.

Tre categorie di relazioni possono aversi: 1ª *individuità*, 2ª *comunità*, 3ª *di processo e d'ordine*, e mi permetto questa nuova nomenclatura.

Se la obbligazione è oggettivamente individua, se più persone non devono che una cosa sola, per esempio, una ricognizione enfiteutica, se viene il terzo e prova che il fondo è libero, è palese che i diversi compossessori del compressorio che fu indebitamente ritenuto enfiteutico, sono *giovati* da quest'alzata di bandiera del terzo, il fondo non può essere nello stesso tempo libero ed enfiteutico.

La *solidarietà* non è sempre parificabile alla *individuità*, chè quella è dalla convenzione e dalla legge, e questa è nella natura sostanziale, inscindibile per essenza. Non pertanto l'opposizione del terzo scuote, per dir così, tutta la macchina in quanto la solidarietà che lo unisce coi pretesi debitori già condannati fa sì che questi si ritengano come rappresentati nello stesso loro interesse dal terzo opponente, che non sarebbe che un loro coobbligato. Se questo terzo entrando in causa sostiene e dimostra che l'azione è prescritta, chiaro è che giova a tutti gli altri.

Io chiamo relazione di *comunità* (se Kant me lo perdona) quella che emana da una causa di diritto, come da un titolo che di necessità estende la sua efficacia sulla condizione di coloro che furono passivamente compresi nel giudizio. Primo, Secondo e Terzo sono debitori verso l'eredità testata di Sempronio. Primo e Secondo soltanto furono vocati in giudizio e condannati. Terzo si fa opponente, e porta niente meno che un codicillo del testatore in cui è scritto un legato di liberazione in loro favore. Sebbene il debito fosse, come si ritenne, divisa di sua natura, il titolo si estende a tutti, e la regiudicata crolla in vantaggio comune.

Finalmente l'effetto di una opposizione vittoriosa può esser tale che la caduta della prima sentenza porti con sè quella degli atti che ne seguirono, in guisa da scompigliare interessi che parevano per la indipendenza loro al coperto da ogni pericolo. La relazione, in cui simile effetto si appunta, è quella *scena* del processo, mentre in quel processo si lancia il terzo e ne commuove e ne altera una parte, ma senza la quale non può sussistere quel modo di esecuzione che se n'era dedotto; onde mi parve di poterla anche appellare *relazione d'ordine*. Ecco un esempio che tolgo da una specie giudicata (sentenza della corte di cassazione, 6 gruttidoro, anno X, *Journ. du Pal.*, t. XXI, pag. 510). Formatasi una graduatoria di creditori, non levate ancora le mense, penetra nella sala del banchetto per la via dell'opposizione un terzo, un creditore privilegiato, prima sconosciuto, e si prende la parte sua cangiando l'ordine dei convitati, e alcuni anche lasciando a bocca asciutta. *La opposizione nuoce*, nuoce, perchè in tali giudizi si hanno tanti avversari quanti competitori sulla stessa sostanza.

Articolo 513.

Quando la sentenza impugnata sia stata presentata in un'altra causa, si applica la disposizione dell'articolo 504.

Annotazioni.

Questo articolo, come il 504 a cui si riferisce, vuol significare, per quanto a me sembra, che trattandosi una causa alla quale sia *fondamento la sentenza impugnata*, visto l'attacco

che quella sentenza subisce colla istanza di rivocazione, o di terza opposizione, l'autorità giudiziaria invocata a deciderla può sospendere il giudizio. Esempio: in esecuzione della sentenza impugnata si era proceduto ad un sequestro in tribunale diverso da quello che deve giudicare della opposizione; in forza di quella sentenza che statuiva il diritto allo scioglimento dell'affitto, si era proceduto ad un giudizio di espulsione. Ebbene: se la sentenza *impugnata* per via di *opposizione di terzo* è la base di questo giudizio qualunque sia, essendo già una base troppo vacillante ed incerta, il giudice può sospendere la decisione, aspettando quella dell'autorità giudiziaria avanti cui pende la opposizione. Se questo è il senso e lo scopo dell'articolo, bisogna convenire che la locuzione non è felice. Alla lettera, si direbbe che la *presentazione* della sentenza in altro tribunale basti ad autorizzare la sospensione di quel giudizio; mentre non potrebbe questo effetto ragionevolmente seguire, se non quando la sentenza, ora impugnata, avesse una influenza decisiva sulla controversia, e non fosse stata prodotta, o lo fosse stata vanamente e per argomento di secondaria importanza (1).

Articolo 516.

Quando l'opposizione sia dichiarata inammessibile, o rigettata, si applica la disposizione dell'articolo 506.

CAPO V.

DEL RICORSO PER CASSAZIONE.

SEZIONE I.

Delle sentenze che possono essere impugnate col ricorso per cassazione

OSSERVAZIONI GENERALI

Nel passato sistema la *revoca* assorbiva alcuni degli essenziali attributi della corte regolatrice, ed era per se stesso un difetto gravissimo, confondeva sino a un certo punto le attribuzioni, moltiplicava i giudizi, rivelava un concetto incompiuto della istituzione medesima (2). In questa parte la legislazione è stata sapientemente riformata.

Se mai vi fu istituto giudiziario che, derivando i suoi pronunziati fondamentali dalle limpide sorgenti della legge, abbia, per così dire, creato se stesso svolgendo largamente nella orbita razionale i primi e semplici veri legislativi ad esso affidati, egli è questo per eccellenza, operando appunto e adempiendo al proprio fine collo espandersi su tutta la vastità del campo giuridico che irriga e feconda sterpando l'errore che in breve lo renderebbe irto e selvaggio. La giurisprudenza, quest'immensa atmosfera nella quale vive e funziona il diritto positivo, la giurisprudenza che con moto assiduo spinge il principio giuridico sino alle sue ultime e più estese

(1) Il § 799 del regolamento romano 10 novembre 1834 esprimeva un concetto simile, ma più chiaramente, dicendo: « Quando una lite introdotta in primo grado *dipende dallo stesso titolo* « *che ha servito di base ad altra lite fra le parti* « *medesime* davanti un tribunale superiore in grado « di appello sospensivo, il reo potrà proporre la « eccezione dilatoria, ecc. »

(2) Nel corso del commento queste proposizioni saranno chiarite.

manifestazioni ed è uno dei fattori più operosi d'incremento sociale, è opera principalmente della corte di cassazione. Ognuno però comprende che il nostro modesto commento a questo titolo ha un confine assai ristretto, fedele alla parola e alla ragion della legge, esso non deve far altro che mettere in rilievo i primari attributi di questa grande magistratura, e rendere più agevole la percezione del rito di cui si circonda, e chi ci ha fatto l'onore di seguirci, vedrà eziandio che in gran parte il nostro còmpito è fatto. Saremo relativamente brevi, ed anche, bisogna confessarlo, molto volgari, non potendo scostarci dai responsi stessi della cassazione, che agli uomini pratici sono notissimi.

Della gran lite, se migliore e più consono ai tempi, al genio e alle condizioni dei popoli italiani sia l'istituto della cassazione o della terza istanza, noi ci teniamo al tutto fuori; a noi non appartiene l'esaminarla, nè ci sarebbe permesso di farlo con quell'ampiezza che il subbietto richiede. Nondimeno, poichè la questione è rammentata, faremo alcune brevissime considerazioni. Noi temiamo, ben a ragione, la fallibilità degli umani giudizi. Qual cosa può meglio assicurarcene? Forse il criterio dell'autorità che è la base del sistema della terza istanza? Due che dicono *no*, valgono di più di uno che dice *sì*. Ecco tutto. È questo per certo uno dei dati della esperienza; ma lo spirito di critica che oggi prevale, ricerca un fondamento più solido. Si vuole un criterio razionale. Nessuno garantisce che il secondo dica meglio del primo, e il terzo del secondo, e moltiplicando i numeri non si vada al peggio. Nel concetto razionale noi diciamo, e pare con verità, che l'esame reiterato anche del medesimo fatto, e specialmente se a nuovi lumi si faccia luogo, a nuovi mezzi, a nuovi sviluppi, è guarentigia di più profondo e perfetto giudizio. Tutto il di più sarebbe ultroneo, e là comincia il disordine del troppo senza sicurezza del meglio. Inviolabile è la cosa giudicata, ma ad una condizione che sia conforme ai principii e alle regole del diritto. Onde sorge più elevata, più generale la questione del diritto che non appartiene propriamente *al quid decisum e alla cosa giudicata*, ma *alla condizione della sua vitalità ed esistenza giuridica*. Ciò è tanto essenziale che neppure i propugnatori della terza istanza credono poter far senza di una magistratura suprema destinata a correggere le violazioni del diritto. Con ciò la corte suprema compie insieme il duplice ufficio di effettuare la giustizia privata che non può farsi che mediante il diritto, e di proclamare il diritto per le sue efficienze generali con quella uniformità e quel moderato progresso che si sviluppa dall'applicazione ordinata, successiva, e continua, del pensiero legislativo nei multiformi aspetti sotto cui si presenta, laddove la idea giuridica trabalzando da tribunale a tribunale, pigliando forme quasi proprie di ogni paese o d'ogni plaga di un vasto impero, toglierebbe alla giurisprudenza di potersi giammai erigere in scienza, e nello scisma delle interpretazioni la unità delle leggi sarebbe indarno (1).

Articolo 517.

La sentenza pronunziata in grado d'appello può essere impugnata col ricorso per cassazione:

1° Se le forme prescritte sotto pena di nullità siano state omesse o violate nel corso del giudizio, sempre che la nullità non sia sanata espressamente o tacitamente;

2° Se sia nulla a norma dell'articolo 361

---

(1) Il mio concetto si riassume in questa formola. Il sistema della *terza istanza* è fondato *al principio d'autorità*: il sistema della cassazione (ossia della suprema corte di giustizia, che così dovrebbe chiamarsi) è fondato nel *principio di razionalità* nell'esame e nella critica. La sufficienza dell'esame costituisce la cosa giudicata. La *condizione di legalità* è un giudizio necessariamente distinto. La regiudicata non sussiste che a questa condizione.

3° Se contenga violazione o falsa applicazione della legge;

4° Se abbia pronunziato su cosa non domandata;

5° Se abbia aggiudicato più di quello ch'era domandato;

6° Se abbia omesso di pronunziare sopra alcuno dei capi della domanda stati dedotti per conclusione speciale, salvo la disposizione dell'articolo 370, capoverso ultimo,

7° Se contenga disposizioni contraddittorie,

8° Se sia contraria ad altra sentenza precedente pronunziata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, e passata in giudicato, sempre che abbia pronunziato sull'eccezione di cosa giudicata

Non si può ricorrere per cassazione di sentenza contumaciale se non sia scaduto il termine per fare opposizione.

Annotazioni

1 **Precedenti storici.** — Generalmente si crede che l'istituto della cassazione sia di origine molto antica, e il suo primo organamento risalga niente meno che all'ordinanza di Filippo di Valois del 1331. Vi è del vero in questa opinione, e la Legge dei 27 novembre 1790, che costituì il *tribunale di cassazione*, a cui fece seguito col nome di *corte di cassazione* la legge del 22 glaciale, anno VIII, è l'ultimo anello di una lunga tradizione che occupa un gran tratto della storia giudiziaria di quel paese. Ciò è innegabile, nondimeno, se il toccare dello spirito dei passati tempi e dei presenti, giovi a penetrare più addentro nella ragion delle cose, io verrò osservando.

Che il carattere di una istituzione si desume principalmente dallo scopo per cui è creata, e sotto questo punto di vista l'antichità non ci fornisce archetipo o modello che sia stato da noi imitato. Il preconcetto generale e oggettivo di una istituzione, abbracciato in tutta la sua ampiezza, appartiene in gran parte all'epoca moderna. Io non guarderò adesso se e quanto influisse la ragione politica per determinare il potere reale a intromettersi nei giudizi, a' quali avrebbe dovuto rimanere estraneo. Io non considero il fatto che nell'aspetto più prossimo e diretto, di un regolamento di giustizia. La sovranità delle decisioni dei parlamenti restando intangibile, in massima, parve tuttavia dovesse avere un limite *nell'errore, qui errat non consentit*, e non giudica. Nel primo momento il diritto d'ingerenza del governo si arrestò all'*errore di fatto*, tal era la *proposition d'erreur* che per la legge di Filippo di Valois doveva essere formulata e sufficientemente dimostrata, onde impetrare lettere reali per le quali il parlamento era eccitato a rivedere la propria decisione. In questo, che si vuol chiamare primo momento storico, ben poco abbiamo che somigli al moderno concetto della cassazione. Il secondo momento può assegnarsi all'epoca di Carlo VI, in cui, fra i torbidi delle fazioni, il governo guadagnò terreno, usurpò sulle attribuzioni giudiziarie, cominciarono le evocazioni, e si giunse fino allo scandalo sotto Francesco I (Dalloz, cassazione, in principio). Si tornò più tardi alla *proposition d'erreur*, quasi per restituire, se così può dirsi del fatto di quella età, l'equilibrio dei poteri. La revisione di diritto non fu più reclamata per allora dal governo, nel che sono notevoli le ordinanze del 1539 e del 1545, terzo momento. La *proposition d'erreur*, come si vede, tiene assai più al giudizio di revocazione o ritrattazione, che a quello di cassazione. Vengono poi in questo senso l'ordinanza di Blois e l'editto 13 gennaio 1597, che si crede contenesse in sè i germi della futura cassazione. Fatto è che l'ordinanza del 1667, che può costituire il quarto momento, abrogò come ignobili ed offensive le *propositions d'erreur* statuendo la *requête civile*. L'azione del governo, esercitata nel puro nome del re, si fissò ancora e rimase nella questione di diritto, le sentenze dei parlamenti erano cassate per violazione di legge, eravi nel Consiglio reale una sezione dedicata agli affari contenziosi sotto il nome conosciuto di *Conseil privé o des parties*, nota è pure la raccolta dei relativi regolamenti fatta dal Daguesseau (1738). Questo è l'ultimo stadio, che si attacca ai tempi moderni.

La cassazione pertanto non esisteva come istituzione, non esisteva come attributo del potere giudiziario, era un ramo dell'amministrazione, un esercizio diretto della giustizia reale. Non aveva perciò e non poteva avere un carattere di generalità, non costituiva una parte del diritto pubblico dello Stato, e sopra-

tutto non intendeva ad opera di giurisprudenza, alla unità ed uniformità delle interpretazioni legislative.

2. *Del soggetto della cassazione.*

La nostra legge assume con molta precisione che le sentenze impugnabili con questo mezzo sono quelle pronunciate in *grado d'appello*. Con ciò è spiegato chiaramente che le sentenze *appellabili e non appellate* non si sottopongono alla cassazione. È inutile quindi il venire specificando che le ordinanze d'istruttoria o le sentenze, che nulla ci vieta di chiamare preparatorie, non sono capaci di ricorso in cassazione, mentre non sono appellabili. Lo stesso dovrà dirsi delle sentenze dei conciliatori, in quanto siano inappellabili, e di ogni altra non suscettibile d'appello. Qui bisogna ben riflettere alla lettera della legge, e come pensatamente abbia cangiata la sua precedente espressione. Diceva il Codice del '50 nell'articolo 586: *Le sentenze pronunciate in ultima istanza*... e per vero una sentenza inappellabile è pronunciata in ultima istanza, *en dernier ressort*. Si è sostituito le *sentenze pronunciate in grado d'appello*. Che mai si potrebbe dire in contrario? La legge non ha trovato utile di affaticare le parti e la corte suprema in affari tanto semplici e spediti quali sono quelli ove non è dato l'appello. Dubitando che le decisioni arbitrali non si reputassero sentenze giudiziarie a rigor di parola, la legge, con un pleonasmo di cui niuno vorrà farle rimprovero, ha detto nell'articolo 31 che *contro le sentenze degli arbitri* PRONUNZIATE IN APPELLO *è ammesso il ricorso in cassazione*, e da questo la regola generale è confermata. È dunque necessario *alla lettera* che la sentenza sia pronunziata in grado d'appello.

Dovrà pure conciliarsi con questo principio il disposto del periodo ultimo dell'articolo 517.

Ivi è stabilito che una *sentenza contumaciale* non può portarsi in cassazione se non *trascorso il termine per fare opposizione*. Pura questione di tempo, come si vede, ed è tale disposto che assolve il contumace dall'obbligo di fare opposizione. Pare adunque che la legge non richieda, almeno in un modo assoluto, l'esaurimento dei mezzi ordinari prima di ricorrere in cassazione; ma che la vera e sola condizione sia una pronuncia di secondo grado. E deve bene l'ultima parte dell'articolo esser messa in armonia col suo principio, e conchiudersi che *in essa si parla di quelle sentenze contumaciali che si proferiscono in secondo grado*.

Una ulteriore conferma ci porge l'art. 509, capoverso 1°.

Nelle cause di rivendicazione il ricorso in cassazione non è *ammesso se non sia stato pronunciato in seconda istanza*, si concede invece l'appello, ed è chiaro che, trascurato questo rimedio, la speranza della cassazione è perduta. Tal è il sistema. (V. in fine di questo capo).

Sul numero 1°.

Sono le *forme degli atti di procedura*. Qui bisogna richiamarsi un momento all'art. 190. Ivi si vede che ogni nullità è sanabile; che ogni nullità è sanata col silenzio (art. 191). Noi però supponiamo che fosse proposta e sia stata erroneamente respinta. In tal caso il *vizio è nella sentenza*, perciò questo primo numero poteva esser lasciato fuori, essendo sufficiente a comprendere ogni violazione di legge il numero terzo.

Non è una distinzione nuova quella che noi facciamo fra *le nullità delle parti* e *le nullità del giudice*. Nel sistema francese le nullità commesse dalle parti e non sanate, appartengono alla *requête civile*. L'articolo 480, num. 2, è concepito in modo che si dubitò non potessero cadere in questo mezzo anche le nullità derivanti dal fatto del giudice, e fu d'uopo venisse a chiarirlo una legge che fu quella del 20 aprile 1840 articolo 7. Un simile enunciato, messo come a cavallo delle due istituzioni era fatto per far nascere seriamente il dubbio se per questo capo *delle forme prescritte sotto pena di nullità* convenissero ad un tempo i due mezzi, quello della revoca e quello della cassazione. La corte suprema parlò l'oracolo suo nella celebre decisione del 10 luglio 1820 (anteriore come si vede alla suindicata legge), e così distinse. Se i giudici non avessero statuito sulla nullità, poteva aver luogo la *requête civile*, se, per contro, ne avessero conosciuto con una risoluzione qualunque, non si poteva che ricorrere in cassazione. Distinzione che corresse molto saggiamente il bisticcio della legge.

Nell'insieme, la materia della revoca e della cassazione ci fu consegnata assai confusa dalla legislazione francese: vi erano mezzi di un ordine che visti sotto un diverso aspetto trapassavano nell'altro: non pochi mezzi di revoca potevano considerarsi pretta violazioni *di legge*. È della natura del mezzo di cassazione essere successivo a quello della revoca non solo, ma di essere eziandio comprensivo, mentre, come avremo occasione di vedere, lo stesso subbietto è sempre atto ad essere riveduto dalla corte suprema che trae a sè, come a centro, tutte quante le questioni giuridiche. Pare però che un certo tremore di errare occupasse i pratici in quel miscuglio di leggi e

mala distribuzione di termini, per cui uno dei più eminenti diceva « Ainsi le plaideur... « pourra se pourvoir *successivement* et par re« quête civile et par recours en cassation. Il « sera même forcé de le faire *concurremment* « dans certains cas, pour éviter des déchéan« ces, à raison de l'expiration des délais ». Di codesto ricorrere o simultaneo o successivo diremo qualche parola all'articolo 518.

Sul numero 2°.

1. La capacità del num. 2 può contenere anche il presente. Nullameno se giova a chiarezza, se mai si potesse stare esitanti sul dominio della cassazione intorno alle nullità dell'articolo 361, non ci dispiace che la legge abbia voluto dircelo espressamente.

Credo di aver detto quanto basta commentando con una certa larghezza l'articolo 361. Aggiungerò qualche cosa sul num. 3 di questo articolo.

L'articolo 480, num. 8 della procedura francese, pone fra i mezzi della *requête civile* la esclusione del pubblico ministero nelle cause in cui deve essere sentito. L'art 507, n° 10, dell'ultimo Codice disponeva egualmente. E più non se ne parla, e ciò prova che la cognizione di questo vizio appartiene alla cassazione.

Due cardini sostengono l'istituto della rivocazione 1° *Che si tratti di fatti delle parti e non del giudice*, 2° *che non si tratti di nullità radicale*. Nella idea chiara della rivocazione la sentenza revocabile è quella che mancò al retto intendimento della questione per una causa che o non si può imputare al giudice perchè estrinseca (art. 494 n. 1, 2, 3) o perchè fu ad ogni modo inavvertita, involontaria, ed egli stesso fu vittima dell'errore. È allora che gli si dice: voi non avete colpa, da bravo, ri fate la vostra sentenza. La sentenza revocabile non è una *sentenza nulla*, è una *sentenza ingiusta*, d'ingiustizia innocente, come direbbe un ottimo scrittore bolognese (1). Può dirsi ma solo impropriamente, che il giudice, revocando, annulla la propria sentenza. La non udizione del pubblico ministero nei casi necessari può imputarsi anche al giudice che doveva ordinarne l'intervento, e d'altro lato è nullità radicale.

Il legislatore è il meno libero di ogni uomo, egli è legato dalla natura delle cose; la intelligenza di codeste relazioni deve guidarlo; se no, egli solleverà ostacoli da ogni parte, la sua legge subirà, suo malgrado, delle riforme dalla ragione che è più forte di lui. La dottrina chiedeva severamente al legislatore, se non fosse nell'interesse dell'ordine l'intervento del pubblico ministero, e come se ne farebbe una querela di parte in un giudizio di revoca?

Una doppia censura adunque si dirigeva contro la legge che *faceva caso di revoca anzichè di cassazione*, la non interpellazione del pubblico ministero nelle cause designate, l'una perchè il fallo doveva ritenersi del magistrato piuttosto che della parte, l'altra, perchè la omissione offendeva un interesse generale.

La giurisprudenza fissò sul primo punto il suo partito con una di quelle decisioni che valgono una teoria. « Considérant que cette « violation des formes, *comme toute celle qui « proviennent du fait des juges*, qui se *rattachent à leurs décisions et les vicient essentiellement* peut être réformée par la voie de « la cassation, à la différence de ces vices de « forme ou nullités de procédure provenant « du fait des parties qui d'après l'art. 480 « procédure civile donnent lieu à la requête « civile » (cassazione, 19 dicembre 1831, *Journal Av.*, t. XLII, pag. 161). Sull'altro punto che cioè l'omissione dell'intervento ministeriale offendesse in alcuni casi l'interesse generale, era sentimento comune dei giureconsulti, ma le dubbiezze si presentavano sempre nell'atto pratico.

Ora può apprezzarsi la importanza della odierna riforma. La cassazione ha ripreso il suo legittimo dominio. Si è già notato altrove (all'art. 361, Annotazione 3ª) che il fatto della non udizione del pubblico ministero, e non la semplice mancanza della menzione, produce la nullità, abilita il ricorso in cassazione. È stata saggiamente mantenuta la distinzione fra nullità *assoluta e relativa*. La questione pertanto è fra l'avere o il non avere diritto di ricorrere, non mai se debba o no istituirsi un giudizio di revoca.

2. *Della nullità assoluta e relativa.*

a) Il criterio discretivo è semplicemente questo: *se l'intervento del pubblico Ministero abbia per fine di tutelare una persona o piuttosto un principio*, e dall'analisi dell'art. 346 nasce la separazione degli oggetti. I numeri 1, 2, 3, 4, 5, 8 non enunciano che interessi individuali. Certamente il n° 6 contiene un interesse d'*ordine generale*, che si può anche chiamare

(1) Sesti, *La ingiustizia innocente*. Un caro libricciuolo che ebbe ragione di essere nel tempo in cui fu scritto.

d'*ordine pubblico* (1). Tal è la materia della competenza per materia e valore e i conflitti di giurisdizione. Vi si accosta l'articolo 7 sulle ricusazioni, benchè in grado molto minore, riconcentrandosi più che altro nell'interesse privato che può ad arbitrio o non ricusare o accettare il giudice ricusato.

b) È proprio della *nullità relativa*: 1° la facoltà di rinunciarvi o di sanarla, 2° di non potersi allegare se non da colui a cui favore è statuita.

Qui per altro bisogna fare attenzione. Noi vediamo spesso in procedura questo fenomeno, del potersi abbandonare o rinunciare *ex post* delle facoltà che non si potrebbero anticipatamente rinunciare, e siamo a questo punto. Niuna delle persone contemplate in quella specie di privilegio dell'art. 346 che non contenta tutte le opinioni può rinunciare al beneficio della consultazione ministeriale; ma consumata la causa, può acquietarsi alla sentenza non usando il ricorso, e appellando o ricorrendo può valersi di altre eccezioni e questa abbandonare. Non sono estranee al soggetto alcune considerazioni su questo fenomeno.

È manifesto che se i privati potessero in tempo anteriore convenire in un determinato modo di procedere, rinunciando all'ordine legale in quanto sia divenuto a loro vantaggio, mancherebbe l'impero della legge, il sistema statuito per la migliore realizzazione della giustizia sarebbe inutilmente scritto. L'anarchia surrogherebbe l'ordine. Una tale preconcetta, una tale premeditazione sarebbe la *negazione diretta e formale* dell'ordine giuridico, una specie direi quasi di ribellione del tutto intollerabile. Vietato il *far contro*, il *non fare* non può essere trattato collo stesso rigore. Cessa il dominio della legge nel *fatto negativo*, chi non fa, non nega verun principio giuridico: può nuocere ai propri interessi, ma ciò è nel diritto di ognuno, se la legge mi obbligasse ad appellare e dare una eccezione piuttosto che un'altra, non si porgerebbe più come tutrice dell'ordine, ma farebbe violenza alla mia libertà.

c) Vi hanno però certe combinazioni che si direbbero di natura mista, nelle quali s'intromette lo Stato legislatore perchè trova alcuni elementi d'ordine che voglion essere coltivati e difesi, alcuni interessi precisi che voglion essere tutelati senza discapito per altro della verità. Non è al privato patrocinio che si aggiunge il pubblico ministero: questo dire sarebbe improprio; esso veglia affinchè i diritti dei minori, dei poveri legatari, degli assenti per causa pubblica, ecc., non siano lesi, soccorre co' suoi lumi, giova colla sua eloquenza, ma può anche scostarsi o dissentire dalla difesa. Così per essere ausiliaria la sua funzione, non cessa di essere autonoma. Intanto il patrocinio della parte procede nella sua indipendenza; spiega i suoi mezzi secondo il proprio disegno, e per conseguenza si pregiudica, abbandona una eccezione, decade da una facoltà, *ricopre e sana una nullità relativa*, senza che il pubblico ministero possa impedirlo, egli emette la sua consultazione nello stato in cui si trova la causa, e nulla più.

Ne segue che il pubblico ministero non appella e non ricorre (eccetto che nell'interesse della legge come diremo all'articolo 519). Del rimanente alla legge basta di avere così cooperato alla rettitudine dei giudizi, ma non trattandosi d'ordine pubblico *primario ed essenziale*, non permette che le regole comuni della facoltà giuridica, basate nell'interesse, soffrano eccezione in questo caso. Laonde non può gravarsi e ricorrere in cassazione se non quella parte nel cui *interesse era stata prescritta la interpellazione ministeriale*, perchè, quantunque non fosse certo che l'avviso del pubblico ministero sarebbe stato favorevole alla parte privilegiata, il dubbio è ritenuto ragion sufficiente quando è prodotto da una violazione di legge.

d) *Ma se le conclusioni erano prescritte per ragione di materia*, è nullità assoluta, nullità che qualunque delle parti può opporre, ancorchè per avventura mancasse d'interesse personale per far annullare quella sentenza; questo interesse personale, che è condizione di ogni altro ricorso, nel presente caso non viene in considerazione, esso si confonde, a così dire, in un interesse d'ordine superiore. Talchè presentandosi la eccezione, il pubblico ministero della cassazione se ne impadronisce, la fa propria, e il magistrato supremo pronuncia la nullità, vindice di un diritto, spento il quale, il regno delle giurisdizioni è interamente sconvolto.

(1) *Ordine generale* dicesi quello che interessa la massa, l'insieme dei diritti dei cittadini: *ordine pubblico* quello che è guarentigia dello stato sociale, e una delle condizioni della sua esistenza. L'*interesse generale* può quindi considerarsi non come lo stesso ordine pubblico, ma quale una delle principali sue forze, congiungendo come i cittadini in una solidarietà d'interessi. Il linguaggio comune li confonde, e non può dirsi improprietà quando avvertiamo a intendersi perfettamente.

animo di *fare un tale contratto?* Ecco una questione di fatto che può ben essere unica. Se la risposta è negativa, se non si è voluto fare nè quello nè altro contratto, la obbligazione non esiste: tutto è finito. Se sotto apparenza di una compra-vendita *si è voluto* fare una donazione, anche questa è questione di fatto. Ma se la risultanza per cui si afferma che un contratto deve ritenersi piuttosto di vendita che di donazione, non si fonda sulla volontà delle parti in quanto abbia potuto produrre quell'effetto, ma *conviene ricorrere ai precetti della ragione giuridica per determinarne il carattere*, è allora che la questione assume abito di diritto, e non si tratta più, come dicesi, di apprezzamento. Il prezzo non fu stabilito fra i contraenti, ma fu rimesso in arbitrio di un terzo: è questa una compra-vendita? Avendo i contraenti statuito questo e quel patto, qual è mai la risultanza di tali convenzioni? Una locazione, niente più che una locazione, e non un diverso contratto? Ecco altrettante questioni di diritto (1). (Vedi appresso al fine del presente articolo altre osservazioni su questo punto).

Sul numero 4°.

Si è notato che questa e qualche altra pianta simile è stata felicemente trasportata dal terreno della revoca in quello della cassazione.

1. Nel numero 4° si presuppone la *totale mancanza della domanda*, nel num. 5° *l'eccesso*.

Vi è mancanza totale quando si è domandata una cosa e se ne dà un'altra. Io ho domandata *rem* con titolo di *rivendicatio*, ma si attribuisce il prezzo. Nondimeno bisogna ben guardare se il risultato non sia un'evoluzione logica della condizione in cui è entrato il processo in forza di eventi che si sono svolti indipendentemente dall'attore lungo il suo corso. Rammento di avere presentati degli sviluppi su questa materia, e specialmente all'articolo 490. È vero che nel libello si è domandato il *corpus*, ma essendosi stato negato il diritto di rivendicarlo mentre non si negava il privilegio sul prezzo, il giudice che trovò il prezzo disponibile perchè intanto il fondo era stato venduto all'asta, a sfogo di mia domanda, mi aggiudica il prezzo (2).

Colui che domandò il *corpus* e riceve la risposta il *pretium*, *senza aver domandato la conversione*, è fondato per domandare la cassazione in forza del num. 4 dell'articolo 517. È chiaro che il giudice non poteva ciò dichiarare d'ufficio e quasi per moto dell'animo suo. Nel silenzio della parte attrice, a lui non appartiene il rilevare la nuova fase in cui è entrato il processo, e la trasformazione giuridica che ne consegue. Se non può dare il *corpus* richiesto, rigetta la domanda. Questo è il suo dovere.

E che sarebbe del convenuto che vede il giudice accordare il prezzo a colui che non poteva più aver la cosa, e che il prezzo non aveva punto domandato? Può invocare questo medesimo articolo? Io penso che sì. La nullità che ne discende *non è relativa se non in quanto colui che l'allega manchi d'interesse*: scoglio molto frequente dei ricorsi. Una volta che la domanda c'è, sia o no ammissibile, fuori o non fuori di termine, cessa la virtù di questa legge. Quando però non ci fu propria domanda o trattasi non *di quantità* ma *di qualità* (3), può sostenere pregiudicato il suo diritto, perchè gli fu aggiudicato invece della cosa il prezzo (*quod minus est*), tanto più se ne lagna il convenuto, mentre non si doveva far altro che rigettar la domanda.

2. La difficoltà che sarà spesso per incontrarsi ell'è: *se la domanda che si dice omessa* non sia implicita e virtualmente compresa nel libello o nelle conclusioni, se sia un accessorio o una conseguenza, o la *res concessa* non sia che un surrogato della *res petita*, come pressa a poco nella specie ora esaminata.

Il conseguente necessario è identico, composto si può dire della stessa sostanza, e allora vi è la domanda (ora poi vedremo quale possa essere), ma ciò che diverso è, sia pure quanto vuolsi accessorio, surrogato, o indennità, ossia *unum pro alio*, non mai il giudice n'è investito quasi per implicito nella domanda dell'attore, ma la richiesta, sia pure nel corso del giudizio, dev'essere espressamente fatta.

Gli interessi sono forse un accessorio della domanda del capitale? Della *petitio hereditatis* sono forse un accessorio e una conseguenza i frutti *a die mortis*, o almeno dal giorno della domanda giudiziale? Codesti diritti, sebbene accessori in quanto, una volta

(1) Cassazione, decisione 13 dicembre 1850, *Gazzetta dei Tribunali*, tom. 1, pag. 173; cassazione, 25 maggio 1851, ivi, tom. 1, pag. 388, ecc.

(2) « Non potest videri in judicium venisse id « *quod post litem contestatam accidit*. Ideoque nova « interpellatione opus est » (Leg. non potest 23, ff. de judic.). Al qual testo aggiunge Donello: « *Recte ergo post litem contestatam, nova interpellatione opus* fuisse in eo quod postea accessit » (lib. xxiv, cap. 9). Vedi però al detto articolo 490, lettere *e*) *f*) *g*).

(3) In fatto di quantità non vi ha che l'eccesso.

chiesti, il loro titolo sia quello stesso in cui è fondata la domanda principale, codesti diritti non sono virtualmente contenuti nella istanza principale, neppure se si trattasse di frutti ed interessi futuri.

Diverso è che un diritto sia accessorio di un altro, e da esso finisca o consegua quasi ex propria causa; diverso che sia virtualmente insito nella domanda principale; e in questo solo stato può ammettersi il *contenuto implicito*. Se alcuno domanda in via possessoria la restituzione o reintegrazione, *ciò che è necessario a questo scopo*, la rimozione dell'ostacolo, la distruzione, la espulsione dell'occupatore, e via dicendo, sono cose comprese nella domanda. Non vi è alcuna *necessità* rapporto ai frutti ed interessi che potrebbero anco non esser dovuti, o vi si potrebbe rinunziare.

In eo quod plus est, minus inest - in ordine a *quantità* nessun dubbio ma quando si muta *qualità*, allora sorge la questione. Una cosa per un'altra non può pagarsi (articolo 1243 del Codice civile) ma ciò è nel diritto del creditore. Una cosa per altra può chiedersi però, anche in corso di causa, come dall'esempio più sopra addotto, se la cosa si è mutata durante il processo senza colpa del chiedente, e non può riceversi sotto quella forma; ma è sempre cosa diversa, e la domanda ci vuole.

Facciamo un esempio di *qualità*, astraendo dall'ora toccata ipotesi di un cangiamento avvenuto nella sostanza domandata senza colpa del petitore. Osserviamo se pure in questo, come in fatto di *quantità*, il raziocinio del *minus continetur* sia contingibile. Si è domandata *la restituzione del possesso di un immobile — per causa di spoglio*. Lo spoglio non si è potuto provare, ma fortunatamente l'attore si era provveduto di prove a stabilire il suo possesso legittimo. Il giudice potrebbe accordargli la *manutenzione*, quasi in possessorio semplice, senza incorrere nel vizio della *cosa non domandata?* Rispondo che lo può, malgrado il parere di qualche scrittore. Io trovo diversificare piuttosto i *motivi* che l'*oggetto* della domanda.

È stato deciso dalla corte suprema di Firenze che l'appellato che domandò il rigetto dell'appello per essere stato proposto fuori di termine, domanda implicitamente e come necessaria conseguenza che si riconosca essere passata in giudicato la sentenza di primo grado; quindi il tribunale o la corte che rigettando per la detta ragione l'appello, non pronunzia su cosa non domandata, nè incorre nel vizio indicato in questo numero dell'art. 517.

Una sentenza della corte di cassazione di Firenze del 6 dicembre 1870 (*Annali*, detto anno I, 80 a mia relazione) risolve ad un tempo un caso di omissione e di ultra petizione. Come esemplare, gioverà riferirlo.

« Omette di pronunziare sulle domande delle parti e merita cassazione la sentenza che dovendo giudicare se un direttario debba riconoscere *simpliciter* la trasmissione di un contratto livellario, ovvero abbia diritto a richiedere nuove stime e un proporzionato aumento del canone, non fa che ordinare la formazione e minuta dell'atto senza occuparsi delle condizioni »

Infatti il giudizio delle condizioni era ciò che più importava in quell affare; la stipulazione avrebbe dovuto conformarsi in una materia tanto controversa alla decisione del giudice; e il riferirsene al notaio era un promettere la esecuzione alla decisione.

Era poi un giudicare oltre la domanda il sorvolare alla contestazione, e prevedendo fatti che non erano ancora stati discussi, anticipare giudizi sul diritto dell'affrancazione mediante il quale il livello avrebbe potuto trasformarsi e cessare.

Simili esempi possono meglio di qualunque teoria illuminare una tesi che ha sempre bisogno di un corredo di fatti affinchè la giustizia della sua applicazione sia convenientemente apprezzata.

Sul numero 5°

Potestas judicis ultra id quod in judicium deductum est, nequaquam potest excedere (Leg. 18 de com. divid.)

La rispondenza fra la sentenza e la domanda è di sommo rigore anche fra noi, mentre non solo è l'ordine, ma eziandio la libertà, esclude l'arbitrio del giudice o il dispotizzare nei giudizi.

Bisogna qui bene avvertire che la nullità per vizio della *non petitio* o dell *ultra petitio* non si ravvisa soltanto nella domanda principale ed oggettiva, ma si avvera in tutta quanta la serie delle domande secondarie non solo riguardanti la soluzione del processo, come quelle d'incompetenza, ma ogni altra che spetti a materie incidentali, provvisionali, ed in ispecialità alle prove. Laonde non rimangono facoltative al giudice che quelle determinazioni le quali può emettere di proprio moto o *d'ufficio* per espresso placito della legge. Il testo romano lo disse nella sua luminosa brevità, *ultra id quod deductum est;* il che si riferisce non solamente al libello, ma eziandio alle singole domande che per condu-

noni, o *comparse*, come diciamo adesso, si fanno nel corso del processo, ogni difetto è sostanziale, e genera la nullità della sentenza.

L'*eccesso* della decisione suppone il *difetto* della domanda, ossia un *quid minus* nella domanda stessa. In ciò, come ho avuto occasione di osservare più d'una volta, non mancando la domanda, e la differenza solendo cadere *in quantitate*, gli equivoci non sono frequenti. Quando si adopera, per dir così, la stessa materia, se il giudice non ce ne aggiunge di suo, non pecca di eccesso. Benchè possa essere redarguibile per altri motivi, *ordinando una distribuzione non tassativa alla domanda*, la forma distributiva però (assegnamenti rispettivi di dividendi) non può dirsi eccedere la stessa domanda. I modi, le condizioni, le comminatorie, le cauzioni, le guarentigie sono nel mandato del giudice per diritto comprese.

Pronunziare su cosa non domandata, concedere più di quello che si è domandato, si qualifica giustamente *eccesso di potere*, ed è la peggior *forma della incompetenza* (1).

—

Qui però può venire acconcio il domandare *in quali casi il giudice può pronunciare d'ufficio, e senza istanza di parte*.

L'argomento non è facile, ma con opportune distinzioni può essere rischiarato.

1. È principio fondamentale che i giudici pronunziano sopra istanza delle parti (articolo 35). Un'altra regola non meno fondamentale è quella dell'articolo 56, part. II — non potersi pronunziare la nullità o la decadenza se non vi sia istanza, salvo che la legge dichiari che devono esser pronunciate d'ufficio.

2. In generale la legge è sollecita di dichiarare espressamente i casi nei quali il giudice può pronunziare d'ufficio, e basterà citare gli articoli 63, 187, 205, 271 della procedura, 1374 e 1875 del Codice civile. Ciò prova che il giudice non ritrae dalla sua giurisdizione ordinaria questa facoltà, ma bensì dalla legge.

3. Tutto questo è semplice, ma vi sono anche dei principii non enunciati nella legge del rito, ai quali bisogna prestare omaggio.

Dalla sfera del diritto privato si passa talvolta a quella dell'ordine pubblico, che riposa sopra tre basi: 1° Diritto pubblico dello Stato, 2° Diritto privato essenziale, 3° Pubblica moralità.

Ordine pubblico è un predicato generale e significa chiaramente che la offesa recata a certe norme supreme di ragione mette in pericolo lo stato giuridico universale del paese, e la sua ordinata esistenza, secondo quello di Donello — *Dicuntur res ad statum reipublicae pertinere, sine quibus aut civitas constitui, aut constituta stare incolumis non potest* (lib. II, cap. V, num. 4). I tre fatti sostanziali che ho accennati costituiscono nel loro insieme l'*ordine pubblico*, e lo riguardano come scopo ed oggetto.

Non parlerò del *diritto pubblico* se non per osservare che il *jus publicum* cui *privatorum pactionibus derogari non potest*, equivale a ciò che noi chiamiamo *ordine pubblico*, e contempla l'insieme delle parti che lo costituiscono. *Diritto pubblico* suona per noi *diritto nazionale*, ed è manifesto che se qualche diritto guarentito dallo Statuto fosse violato, il giudice dovrebbe per ufficio suo rivendicarlo. È altresì indubitato che se atti contrari alla pubblica o individuale libertà, o alla pubblica moralità, fossero presentati alla sanzione del magistrato, egli dovrebbe respingerli, indipendentemente da qualunque domanda o eccezione.

Che intendiamo per *diritto privato essenziale?* Quello che sebbene abbia per oggetto immediato lo stato del cittadino, anziché lo stato politico del paese, rimane però immutabile e perenne, come altro fondamento dell'ordine pubblico, e ciò dicesi in particolar modo del *diritto delle persone*, poichè quanto ai *diritti delle cose*, ai diritti patrimoniali, il campo è molto più libero e aperto alle contestazioni delle parti. Il rispetto, la osservanza del diritto, contribuisce senza dubbio all'ordine generale, ma essendo più remoto il fine, e i mezzi indiretti e meno necessari, prevale l'altro principio della libertà dei giudizi; la fa-

(1) Il giudice che nei casi comuni (ne abbiamo già toccate le eccezioni, arresti, *giudizi pretoriali*, ecc.) ordina l'esame di testimoni non prodotti dalle parti, offende il n. 4 dell'articolo 517. *Pronunzia su ciò che non è domandato*: non può dirsi essere *giudicato di più*. Egli è vero che si è domandato un esame di testimoni, ma quelli non furono prodotti. In *subbietti singolari* le istanze si ritengono numericamente distinte come i subbietti medesimi. Dunque per il testimonio *A* e *B*, non vi fu istanza. Facciamo insieme un'altra osservazione, poichè ci siamo. *Aggiudicare di più è indulgere alla parte* un vantaggio ulteriore ch'essa non ricercò. Aggiungere testimoni ad altri testimoni non equivale ad attribuire un vantaggio, non si è voluto favorire una parte meglio che l'altra: si è voluto l'esame in uno scopo di verità, benchè irregolarmente tentato. Tuttavia il giudice non ha in civile un potere discrezionale come in penale.

rolità delle istanze e la facoltà delle eccezioni; l'obbligo del magistrato di giudicare entro i limiti di quelle, e di non prevenir queste, lasciando alle parti di opporle o di rinunziarvi come loro talenta o conviene.

4. Anche rispetto alla giurisdizione e ai giudizi domina il principio della inviolabilità dell'ordine pubblico, ma la legge del rito è molto esplicita e normale attesa la sua natura ordinatrice, e prende una cura speciale della giurisdizione e delle competenze, che è la parte che più direttamente riguarda l'ordine pubblico essenziale, nel rispetto dei giudizi. Una delle parti più importanti del rito giudiziario generale, oltre la competenza, è certamente quella del procedimento. Ebbene, la legge ha espressa la sua volontà, ed ha reso più flessibile questo diritto concedendo ai magistrati una certa facoltà discrezionale secondo la varia qualità, bisogno e convenienza dei giudizi.

Non si potrebbe tuttavia asserire che tutte le facoltà del giudice intorno all'ordine essenziale dei giudizi sono contenute nel Codice di procedura. Prescindendo dalle facoltà che possono chiamarsi di *polizia giudiziaria*, havvi bene un potere necessario intorno al regolamento del processo, secondo il carattere che gli si è attribuito in un dato giudizio: spetta al giudice che non si confondano i riti del sommario e del formale, che non se ne faccia una incongrua mistura, che i termini del loro svolgimento siano rispettati, che le leggi finanziarie siano applicate respingendo gli atti che non vi si conformano, e via discorrendo.

5. Il giudice ha la piena facoltà del diritto, mentre riceve dalle parti la posizione del fatto.

È ovvio che *judex supplere debet in jure*. Egli può scartare le ragioni delle parti e sostituirvi le proprie, e può decidere per ragioni non pensate nè dette dai litiganti. Contuttociò è ben necessario che i suoi concetti giuridici siano racchiusi nel campo del fatto presentatogli dalle parti. Le sue distrazioni potrebbero essere innocue alla validità della sentenza qualora fosse fondata su altre ragioni meglio pertinenti alla causa. Ma se il giudice, a causa d'esempio, mentre deve sentenziare di una compra-vendita, che è il soggetto della contestazione, si compiaccia di svolgere le teorie della locazione, è manifesto che non risponderebbe alle domande, darebbe dei motivi vani, cantando *extra chorum*.

6. Alquanto più difficoltà presenta il conoscere come il giudice possa, per proprio ufficio e senza che l'eccezione sia sollevata, [illegible] le domande perchè norme di procedura si facciano ostacolo; o leggi d'ordine e sostanziali non però d'ordine pubblico, dichiarine esso stesso la eccezione opponibile a una data azione, senza però che sia stata opposta.

In generale il giudice non può investigare troppo a fondo i vizi di un atto, per farne una eccezione non proposta. La notificazione, faccio un caso, di un atto giudiziale può contenere dei difetti che quando fossero opposti, darebbero motivo ad annullarla. La notificazione venne fatta a un mandatario anzichè al proprietario della lite, o in luogo estraneo al vero domicilio. Sono difetti sanabili, e se la parte non li adduce, non formano materia di esame. Ma se manchi addirittura la notificazione perchè non certificata da verun usciere, e si trattasse di pronunciare la decadenza di un appello già richiesta per altri motivi, il giudice avrebbe il dovere di rilevare d'ufficio la mancanza assoluta della notificazione.

E così vediamo tuttodì la cassazione dichiarare inammissibili ricorsi per non fatto deposito, per notificazioni fuori di termine. Vi hanno anche certi atti che interessano la sostanza dei giudizi. Se uno si presenta a piatire per altri senza procura, e dico senza procura in modo assoluto, mentre in molti casi, malgrado vizi di costituzione od altro, si è ritenuta la sussistenza del mandato e la ricognizione sua per parte del mandante, che del contrario, la mancanza essendo assoluta, non potrebbe il giudice dare ascolto al preteso mandatario, e dovrebbe considerare l'attore o il citato come contumace.

Del resto non si direbbe che il giudice statuisce d'ufficio, quando nei limiti della istanza esaminando il diritto, lo rigetta per non esser conforme alla legge del rito. Nell'articolo 566 e 581 è stabilito che i precetti per esecuzioni immobiliari o mobiliari perdono ogni efficacia se non si proceda agli atti ulteriori entro un termine dichiarato. Suppongasi che invece di domandare la vendita in tal tempo che dentro i novanta giorni possa effettuarsi, sia decorso un anno. Quantunque non si opponga violazione della legge, il giudice dovrà supplirvi, e così diciamo in ogni caso in cui esista una legge espressa, che si offre come una veduta pura e semplice di diritto, senza alcuna mistura di fatto che sia necessario supporre.

Vero è che tra il giorno del precetto e il giorno della domanda della vendita, vi potrebbero essere dei fatti che avessero interrotto il termine, per es. una rinnovazione di precetto potrebb'essersi fatta, ma è questo un fatto che il giudice non può immaginare, e deve proporsi da chi avesse interesse di allegarlo.

Non potrei estendere di più questo esame, e

credo che il saggio potrà bastare. La giurisprudenza suol essere più rigorosa nei giudizi contumaciali, e credo con ragione. Già più rigorosa è la legge stessa, come abbiamo avuto occasione di vedere. La presenza e il silenzio del presente sana difetti che non può sanare il contumace, e un certo dovere più severo si impone al giudice affinchè non siano offesi i diritti di tale che per regola si ritiene non essere stato avvertito della esistenza di un giudizio provocato contro di lui.

In materia di perenzione, di prescrizione vera e propria, e di decadenza che suppone diritto acquistato e perduto, e in generale per tutto quello a cui la parte può rinunziare, come si può rinunziare a un beneficio proprio, la legge procede con grandissima cautela, e non permette al giudice un rigore inconsiderato, lasciando che la parte a cui interessa se ne faccia una eccezione.

Sul numero 6°

Mi rimetto alle *Annotazioni* dell'art. 176, ove mi pare aver raccolto quanto può dirsi di interessante sulla materia.

Non posso però tacere che il testo non è abbastanza esatto per quanto abbia sembianza di esserlo. Dove si dice *sopra alcuni dei capi della domanda*, estendi o *sopra le eccezioni*, ecc. Se non si tien conto dell'eccezione, la sentenza è del pari annullabile in cassazione. Potrà esserlo per difetto di motivazione, potrà esserlo per omissione nella parte dispositiva. Due mezzi diversi, percorrenti lo stadio completo del raziocinio, *ragionare per giudicare*; questa è la formola: se hai ragionato come un Leibniz, e hai dimenticato di concludere, che vale? Forse il nostro testo non parla di eccezioni perchè la sentenza ripete il suo appoggio dalla domanda, il che è verissimo quando si tratta di questioni di competenza per causa di valore, del resto anche le eccezioni, in moltissime contingenze che è inutile annoverare, si atteggiano a domande ed esigono una pronunzia.

Ma sull'intendimento della legge siamo tutti d'accordo. Ora fermiamoci un momento su quelle parole: *dedotti per conclusione speciale*.

Le domande emergono principalmente dalla citazione dell'attore, ma non riprodotte nella conclusione definitiva, si avrebbero per abbandonate.

Le *conclusioni* propriamente dette risultano dallo scritto (articoli 176, 400, 402). Ma le *risposte verbali* che si danno alla udienza del pretore (articolo 415) hanno tutte il valore delle conclusioni, se preciasno eccezioni, chiameremo anche queste *conclusioni speciali*. Il nome poco importa, e, riportate come si deve al processo di udienza, legano il giudice, e lo costringono a risolverle.

Salvo la disposizione dell'articolo 370, *capoverso ultimo*. L'omissione di pronunciare sulle spese non dà luogo a ricorso in cassazione.

Sul numero 7°

Contraddittorie sono le disposizioni inconciliabili. È la dottrina del buon senso e di tutti gli autori, proclamata dall'articolo 517, ma la *contraddizione*, secondo questa legge, cade sulla parte dispositiva della sentenza. La contraddizione dei motivi annulla la sentenza per altro mezzo, per quello generale del num. 2° di quest'articolo, combinato col num. 6° dell'articolo 360. La contraddizione diretta e patente nei motivi equivale alla non esistenza dei motivi. I motivi più schietti e meglio dedotti preservano dalla nullità *disposizioni contraddittorie*. Talvolta la mala parata, il disordine e la confusione dei motivi aumentano la oscurità della decisione, rendono impossibili le disposizioni che potrebbero conciliarsi. L'influenza della parte razionale sulla decisoria può sfuggire alla teoria, ma la sentono e sanno apprezzarla gli uomini del tatto pratico.

Sul numero 8°

Precedenti storici — Il numero 7° contempla le *contraddizioni* della sentenza, contraddizioni *che cadono sul deciso*, e partecipano un mostro intellettuale. Il numero 8° si occupa di contrarietà nascenti da placiti anteriori, e che, in quella data condizione di cose, avrebbero dovuto impedire la proclamazione di un diverso rapporto di diritto fra le stesse parti.

Risalendo la storia di questo paragrafo, troviamo che il Codice francese ne fece subbietto di *requête civile*, colla formola: « *S'il y a contrariété des jugements en dernier ressort, entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens dans les mêmes cours ou tribunaux* » (articolo 480, num. 6).

Ecco delle condizioni ben determinate e degli elementi d'identità ravvicinati e coartati con una solerzia che tiene allo scrupolo. I pratici francesi si fecero il problema, se alla *requête civile* fosse mestieri l'integrale loro concorso, ma il dubitarne sarebbe lo stesso, come ora vedremo, che ferire il sistema: « On ne saurait, en lisant le texte de la loi, douter que *toutes ces conditions doivent concourir ensemble aujourd'hui*, comme elles le devaient sous l'empire de l'ordonnance »

(Carré, *Les lois de procédure*, all'articolo 480, num. 6).

Il Boitard osserva che il caso ad avverarsi è di una difficoltà estrema, e avvisa come per contrario sia facile confondere questa posizione giuridica *colla propria e vera eccezione della cosa giudicata*. Fu pertanto istituito il *giudizio di revoca* soltanto pei casi in cui scoprendosi tutto ad un tratto, e quasi per lampo improvviso, che la causa stessa, *materialmente non idealmente la stessa*, era stata fra le stesse parti decisa, la religione dei giudici era stata sorpresa a giudicare il *bis in idem* contro ogni principio di ragion giudiziaria.

La cosa ha bisogno di qualche spiegazione per essere intesa. Non posso dispensarmene, quantunque la nuova legislazione abbia fortunatamente troncato questo nodo, separando una volta con mano risoluta l'attributo della cassazione da quello della revoca.

Perchè vi sia cosa giudicata, non è punto necessario che vi sia *identità di mezzi*, nè *identità di tribunali giudicanti*, e pronunciazioni *en dernier ressort*. I caratteri della cosa giudicata sono descritti nell'articolo 1351 del Codice civile, uno degli articoli dogmatici. Non parleremo d'*identità di tribunali giudicanti*, che da ognuno s'intende; chi ha mai sostenuto che non è autorità di cosa giudicata se non si opponga sentenza a sentenza pronunciata dagli stessi giudici? Alquanto più nascosto è il conoscere se e come sia d'uopo il *concorso degli stessi mezzi*. Ma la *domanda fondata sulla medesima causa* (articolo 1351 suddetto) non significa *sugli stessi mezzi*, cioè *sugli stessi motivi e argomenti*, ma bensì *in virtù del medesimo diritto*, onde varie possono scaturire azioni senza alterarne la originaria efficienza, ossia senza cangiare la causa petendi (1). Dalle quali considerazioni si fa manifesto che *la eccezione della cosa giudicata è più ampia e più comprensiva*, come altresì più ragionevole, più logica, e infine più vera. L'articolo 480 del Codice francese non faceva, ripeto, caso di revocazione la eccezione della cosa giudicata. No: questo è un sistema di di-fesa come un altro fondato nello svolgimento di un principio giuridico: per ottenere la revocazione era d'uopo colpire *colla evidenza del fatto materiale*, e così svelare l'inganno dei giudici, quello stesso ragionamento che è d'uopo assumere nello studio dei requisiti della cosa giudicata, mostra che i giudici hanno meditato sull'argomento. « C'est que, « de plus, la *requête civile* ne se donne en « général que par la supposition d'une sur- « prise pratiquée contre les juges, et que par « là même c'est une voie inapplicable, quand « c'est sciemment et en connaissance de cause « que les juges ont décidé dans le sens qui « donne matière à réformation » (Boitard, articolo 480, num. 735). La violazione invece della cosa giudicata, ideologicamente tale, cadendo nel generale attributo di annullare le sentenze per violazione di legge, apparteneva alla cassazione (Merlin, *Répertoire*, v° *Chose jugée*, quest. du droit, § 11).

Il legislatore piemontese del 1854 dipartendosi coraggiosamente dal sistema francese (ci voleva sempre del coraggio per farlo), aveva inaugurato quel medesimo sistema che abbiamo poi abbracciato nel Codice italiano. Benchè ad una superficiale lettura, l'articolo 557 del Codice sardo del 1859 sembrasse una imitazione del francese, esso non lo fu che per la strana complicazione dei rimedi: del resto si ebbe un intendimento diverso. Si diede a giudicar al tribunale della revoca quella eccezione della cosa giudicata, *sulla quale non era stato pronunziato*, riportandosi alla cassazione quella sulla quale si era pronunziato.

2. Ora veniamo al nostro articolo. Si è creato a posta per la eccezione della cosa giudicata il numero 8° dell'articolo 517. Perchè non si ritenne compresa questa violazione della legge nell'universale precetto del numero 3°? Era anche più semplice adoperare il linguaggio legale *della eccezione della cosa giudicata*, in luogo di una circonlocuzione rimasta imperfetta. Imperfetta, dico, perchè è stato omesso uno dei requisiti della eccezione, che *la domanda sia fondata sulla medesima causa*,

(1) La *causa petendi* del legato è sempre la disposizione del testatore, e non muta o si ripeta il legato coll'azione *ex testamento* o colla ipotecaria o colla *rei vindicatio*, similmente o coll'*actio publiciana hereditatis* ovvero *familiae erciscundae*, si domandi la comune divisione, la causa del chiedere rimane identica. Non vi è che diverse forme di esercizio del medesimo diritto. I motivi o i *mezzi*, secondo la espressione del testo francese, non sono che gli *stessi argomenti*, come si diceva, cosicchè se sostenendosi oggi che una somma di denaro a causa di mutuo ci è dovuta per una convenzione scritta, e domani, reietta la scrittura, vuole appoggiarsi la domanda a una convenzione verbale, i *mezzi sarebbero diversi*, e questo basta perchè, secondo il sistema francese, non possa più farsi luogo alla *requête civile*, ma si debba ricorrere in cassazione. Altra è la *causa petendi*, se, dopo avere agito *ex vendito*, agisco *ex donatione*, o *ex causa lucrativa*, dopo avere agito inutilmente *ex causa lucrata*.

che non passerà senza obbiezioni nel caso pratico. Prescindendo dai quali difetti della redazione, il senso della clausola, *semprechè abbia pronunziato sulla eccezione della cosa giudicata*, risulta chiaro dal principio generalmente adottato dalla giurisprudenza della corte suprema

Che le eccezioni riguardanti il merito di una questione non si propongono in cassazione per la prima volta (1).

Onde si rileva che la eccezione della cosa giudicata non può pretendere nel presente sistema, come forse in passato, a quella specie di assolutezza che, coartando maggiormente la identità, permetteva persino un *giudizio di revoca*, quasichè fossero imputabili d'ignoranza e di errore quei giudici che non se n'erano occupati, mentre non era stata proposta. Tutto tende, a quanto parmi, a far rientrare nel diritto privato quelle opposizioni che per abuso si venivano propalando d'ordine pubblico.

È ben chiaro che si propongono per la prima volta in cassazione tutte quante le violazioni di diritto che risultano dalla sentenza o pur anco dal processo, allorchè queste ultime siano tali da annullarlo in virtù di un diritto generale ed assoluto, laddove è della più semplice giustizia che non si faccia rimprovero e non si dia carico alla sentenza di non aver giudicato in un modo, piuttostochè in un altro, questioni di fatto e di merito al giudice non proposte.

Del travisamento o falso supposto in quanto sia proponibile come mezzo di cassazione.

Fui educato a questa scuola nei primi anni della mia magistratura suprema in Toscana, e di poi a Torino. Mi compresi di quella idea e la tenni per vera. Ho fatto passaggio a quella di Firenze ove il principio non è ammesso. Rispetto tutte le convinzioni, e deploro la discordia entrata su questo punto così interessante del diritto giudiziario fra le corti supreme. Io mi trovavo a Torino quando una decisione della corte suprema di Firenze, mi diede occasione ad alcune aggiunte che stimo di conservare per una certa importanza che sembrano avere in se stesse, relativamente almeno al sistema attuale. Non è difficile che un nuovo sistema porti un colpo decisivo sulla questione. Ciò è da desiderarsi. Ma allora si vedrà che è d'uopo ampliare l'istituto della rivocazione, poichè a niuno deve sfuggire che quello del travisamento rampolla sul difetto dell'altro. Io ho posto in rilievo questo fatto nel mio seguente discorso, perchè in realtà se il sistema della rivocazione contenesse questo attributo, non vi sarebbe stato alcun motivo per farne un regalo alla cassazione, e tre corti supreme si sarebbero ingannate stranamente. Lascio adunque questo tema da meditare al futuro legislatore.

I.

Chi esponendo l'articolo 517 scrisse le cose che si leggono alla pag. 517, n° 2 (di quella edizione), non aveva nella mente sua preveduto che un imperiosa necessità gl'imporrebbe di far ritorno su questo tema.

Nel 25 febbraio 1867, in causa Merimi-Sermattei, la corte di cassazione di Firenze pronunciò una sentenza (*Annali di giurisprudenza italiana*, vol. I, 1866-67, pag. 176; (poi seguita da altre) nella quale è notevole la considerazione seguente « Attesochè sia inammissibile il secondo motivo, col quale si deduce che la denunziata sentenza cadde in un falso supposto di fatto, imperocchè, dove anche il falso supposto di fatto sussistesse, non potrebbe utilmente dedursi avanti la corte suprema per ottenere la cassazione della sentenza, ma *dovrebbe dedursi avanti i tribunali ordinari per chiederne la rivocazione*, secondo il disposto dell'articolo 494, num. 4, del Codice di procedura civile ».

Invero questo motivo che parte da un fatto che noi non conosciamo, questo motivo che respinge il mezzo dedotto dal ricorrente che doveva piuttosto dedurlo in via di revocazione, per quanto avvisano le parole della sentenza, non ha nulla d'inconciliabile colle teorie che a me parvero convenirsi cogli istituti della rivocazione e della cassazione, e avrei potuto aspettare che quella corte, per dignità e per sapienza rispettabile ed onoranda, avesse in qualche specie meglio determinata manifestato più apertamente i suoi principii.

Ma ho motivo di credere che la erudita

(1) Le decisioni che consacrano questo principio sono continue. Accenniamone alcune della Cassaz. di Torino, 19 9bre 1854 (*Gazz. dei Tribunali*, I, pag. 627); 7 dicembre 1849 (*Gazzetta dei Tribunali*, 1850, pag. 269); 17 novembre 1851, ivi, tom. I, pag. 331; 14 marzo 1857, ivi, tom. I, pag. 162; 18 marzo 1857, ivi, tom. I, pag. 310; 20 novembre 1857, ivi, tom. I, pag. 333; 2 dicembre 1857, ivi, tom. I, pag. 331; 2 luglio 1858, ivi, tom. I, p. 337; 14 9bre 1853, ivi, tom. I, pag. 91; 16 febbr. 1863, ivi, tom. I, pag. 93, 1861, ivi, tom. I, pag. 583. In tema di eccezione di cosa giudicata, 11 aprile 1853, tom. I, pag. 276, ecc., 10 giugno 1870 (*Annali di giurisprudenza*, I, 196).

nota che accompagna quella decisione provenga da un giureconsulto di molta autorità ch'ebbe in animo di mettere in tutta la sua luce il concetto della corte suprema, e se mal non mi appongo, vi è riuscito in modo che non è più a dubitare che, secondo le impressioni della corte nel tempo in cui quella sentenza fu pronunciata, il mezzo che noi diciamo *travisamento*, e può meglio indicarsi con altra parola, non debba punto accettarsi in cassazione, e sia invece materia del giudizio di rivocazione. Ma il solo dubbio che una corte suprema si disponga ad entrare in questa via e a misurare fra cotali limiti la propria missione, suscita le più grandi apprensioni al considerare lo scisma profondo che ci minaccia nella giurisprudenza stessa della cassazione.

La nota comincia dal fare appello alla precedente legge toscana, ed osserva: « Di errori
« e travisamenti del fatto la legge taceva, e
« fu la giurisprudenza che, nel difetto di qual-
« siasi altro ordinamento di procedura, ripa-
« ratore di siffatti errori, e appoggiata al testo
« romano in *L. illicitas* § *veritas* *Dig. de of-*
« *ficio praes.*, ammesse il *falso supposto* come
« uno dei motivi più efficacemente deducibile
« in cassazione.

« E *falso supposto* v'era, secondo la giu-
« risprudenza toscana, quando la denunziata
« sentenza era incorsa in un errore materiale
« di fatto, o perchè avesse presupposto come
« vero un fatto che dal processo era evidente-
« mente escluso o perchè avesse presupposta
« la inesistenza di un fatto, la cui verità era
« invece dal processo evidentemente accertata.
« In amendue questi casi il giudicato per vizio
« di falso supposto soggiaceva a cassazione,
« semprechè per altro il falso supposto si dimo-
« strasse intuitivamente coi documenti stessi
« del processo, o avesse esercitata influenza
« sulla decisione ».

Tutto questo io pure confermo perch'ebbi l'onore di sedere in quella corte, imperando la legge toscana, e nulla in questo ci offende. Chiaramente si scorge che il falso supposto è surrogato dalla formola del num. 4 dell'articolo 494, *se la sentenza sia l'effetto di un errore di fatto che risulti dagli atti e documenti della causa*. E quindi fu ottimo consiglio di quell'alto consesso rinviare da sè cotali argomenti di nullità e restituirli alla giurisdizione competente, che è il magistrato della rivocazione.

Solamente mi sia lecito domandare perchè mai la corte di cassazione si era impadronita della nozione di fatto, a riparo del fatto materiale, accogliendo il motivo di falso supposto, se questo motivo non era scritto nel motu proprio del 2 agosto 1838, che attribuiva alla cassazione facoltà di annullamento: « Se la sen-
« tenza denunziata fosse stata proferita da un
« giudice incompetente, o fosse applicata al
« caso una legge diversa da quella che doveva
« influirvi, o non avesse data la giusta intelli-
« genza alla legge applicata, o fosse incorsa
« nella omissione di una forma sostanziale »
(articolo 1°). In queste parole della legge nulla vi era che autorizzasse la corte ad annullare la sentenza che avesse fondato il suo ragionamento e la sua conclusione sopra un fatto erroneo e falso. Bisognava uscire dalle parole della legge, entrare nel suo spirito e nella sua ragione. Si annullava la sentenza non perchè viziosa nel fatto, ma perchè era viziosa nel diritto; perchè dov'è tradita la verità del fatto, non può esservi conclusione, nè giusta, nè vera, in diritto.

Basti questo cenno sul quale tornerò più avanti, e si prosegua la lettura della nota.

« Quello però che la cassazione ritenne, in-
« troducendo ed ammettendo il falso supposto,
« non fu esteso nè applicato mai, o almeno per
« la prevalente giurisprudenza, al *falso giu-*
« *dizio*. Dove la dichiarazione di fatto era il
« risultato di un giudizio, dov'era questione e
« indagine di volontà, dov'era questione di
« estimazione di prova, la cassazione toscana
« riteneva essere fuori delle sue attribuzioni
« il rivedere e sindacare le dichiarazioni del
« tribunale ordinario, e lo riteneva quando
« anche il giudizio di fatto interpretativo od
« estimativo potesse parere evidentemente er-
« roneo ed apertamente contraddetto dal te-
« nore del documento. Bastava insomma che
« gli atti e documenti dei quali era stato di-
« chiarato il concetto e il valore, fossero stati
« avvertiti, e che nella loro materialità non
« fossero stati ritenuti in modo diverso da
« quello che veramente erano, perchè non
« avesse più luogo il *falso supposto*, ma si
« trattasse di *falso giudizio*, materia incensu-
« rabile in cassazione. In un solo caso anco il
« falso giudizio soggiaceva a censura, quando
« cioè muovesse e fosse influito da *falso prin-*
« *cipio di diritto*, nel qual caso la corte to-
« scana cassava la dichiarazione di fatto non
« per se stessa, ma per la falsità del principio
« giuridico che ne costituiva un illegittimo
« elemento.

« Ora per le premesse cose è manifesto che
« il vizio del falso supposto, quale definivalo
« la giurisprudenza toscana, e si ammet-
« teva come motivo di cassazione [illegible]
« mente al [illegible] gennaio 18[illegible], il quale [illegible]

« mente a quel vizio, per cui oggi, in virtù del « nuovo Codice civile italiano, le sentenze pos- « sono esser rivocate dalla stessa autorità giu- « diziaria che le ha proferite (art. 494, n. 4, « e 498). E poichè è regola fondamentale di « procedimento che non si ammette ricorso in « cassazione finchè le parti abbiano dalla legge « altri rimedi per farsi render giustizia, così « giustamente la cassazione di Firenze, in « questa ed in altre decisioni, ritenne che « dopo l'attivazione del nuovo Codice di pro- « cedura civile non sia più luogo a dolersi di « falso supposto per via di ricorso avanti la « corte suprema, ma sibbene a chiedere per « questo vizio la rivocazione delle sentenze « avanti i tribunali ordinari ».

La corte di cassazione di Firenze ha poi messo del tutto in aperto la sua teoria nella sentenza del 31 gennaio 1867. Eccone le parole. « Attesochè quanto al *travisamento* degli « atti della causa nell'interpretare l'azione « che diè movimento alla lite, e di alcuni altri « fatti, la corte suprema non ha facoltà di co- « noscerne perchè eccederebbe la prerogativa « che è designata dalla legge. E invero l'er- « rore di fatto non può derivare che da una « presupposizione o da un giudizio. Quando « derivi da una presupposizione, è motivo di « rivocazione. Quando derivi da un giudizio, « e la sentenza sia proferita in grado di ap- « pello, allora non ammette rimedio nemmeno « in cassazione, essendo ufficio della corte su- « prema giudicare la definizione giuridica del « fatto, non la sua dichiarazione, la quale deve « ritenere come verità incontestabile, quando « non abbia la sua premessa in un errore di « giure che abbia viziato il discorso della sen- « tenza, nel qual caso la corte suprema ri- « prova quell'errore cassando la dichiarazione « di fatto da cui è inseparabile ».

Anche qui una nota ingegnosa viene a sostegno del principio così ampiamente adottato dalla corte suprema di Firenze, e dice: « Questa decisione, negando che sia motivo « di cassazione il *travisamento*, salva questa « istituzione dal degenerare in terza istanza. « Questa degenerazione difatti può dirsi ma- « nifesta quando si ammetta nella corte su- « prema la prerogativa di censurare il giu- « dizio di fatto per l'*errore sensitivo ed evi- « dente*. Siccome la costituzione suppone la « evidenza, quante volte la corte suprema « fosse convinta dell'errore di fatto, altret- « tanto dovrebbe cassare. Ma tanto è evidenza « quella che ci risulta dal tenore di un docu- « mento, quanto quella che acquistiamo dal « tenore di realtà. In ambedue i casi quello « che scopre l'errore non è il senso, ma si la « ragione, e la sola differenza tra essi consiste « nel grado di sforzo di questa facoltà. Perciò, « stando al criterio della evidenza, la corte « suprema dovrebbe cassare per errore di « fatto quando la terza istanza rivocherebbe, « ossia convertirsi in terza istanza.

« Per evitare questa degenerazione, la teo- « ria del travisamento dice in sostanza: — Se « per scoprire l'errore di fatto basta poco ra- « ziocinio, la corte suprema cassi la sentenza, « se fu necessario molto raziocinio, rispetti « l'errore come verità. — Ma qual è il limite « che separa il molto e il poco raziocinio? Chi « non sa che quello che costa sforzo ad un « intelletto poco veggente è intuitivo ad un « più veggente? Chi non vede in quali ambagi, « in quali incertezze e in quale arbitrio con- « duce un tale sistema? E quanto sia irrazio- « nale che la competenza della corte suprema « a giudicare della questione di fatto dipenda « dal modo con cui è stata decisa dalla mag- « giore o minore perspicuità dell'errore com- « messo dalle sentenze denunziate, ossia dal « grado di quell'errore?

« Sembra perciò anche a noi che la evidenza « dell'errore di fatto sia buona ragione per- « chè venga corretto dal tribunale ordinario, « non che possa esserlo dalla cassazione. Onde « che quella evidenza non possa mai esser cri- « terio della competenza della corte suprema « e condizione di un rimedio ».

II.

Noi accettiamo colla distinzione delle idee anche la nomenclatura, poichè quivi i toscani sono nel loro regno. Il *falso supposto* ha la sua definizione corrispondente nell'ultimo periodo dell'articolo 494: *è l'errore di fatto* che manda i litiganti avanti gli stessi giudici *in sede di rivocazione*. Siamo perfettamente d'accordo. E pure contenti di collocarvi a termine di opposizione il *falso giudizio*, poichè a differenza del primo vi è veramente errore di giudizio quando il fatto non è sfuggito o dimenticato, ma fu contemplato dalla mente in un modo qualunque.

Si potrà credere che l'ufficio della cassazione non possa estendersi sino a censurare i *falsi giudizi* delle corti di merito che sono fondati nella inversione e negazione dei termini più evidenti di un contratto; ma mentre si nega questa facoltà alla cassazione, si sente che sarebbe cosa molto utile alla giustizia il potergliela accordare, e si pensa che qualche altro rimedio potrà trovarsi nella legislazione giudiziaria, che dovrebbe aver provveduto a

l'estivo vi è una differenza enorme. La sentenza fu annullata per travisamento della convenzione (1).

La corte d'appello di Napoli aveva ritenuta valida l'alienazione di un fondo dotale fatta dal coniugi Sparano nel 1851. Quella corte fra gli altri argomenti adduceva la esistenza di una dichiarazione risultante dall'istrumento di dote di volersi i coniugi conformare alle consuetudini, mentre la moglie riserravasi la facoltà di alienare i fondi dotali. Anche questa corte aveva letto male. La corte suprema di Napoli annullò la sentenza per le seguenti considerazioni: « La corte *snaturò il fatto* « quando disse che gli sposi erano sommessi « alle consuetudini, e che la Cerrale si era ri« serrato il diritto di vender i suoi beni. I con« traenti riferivansi all'uso di Capuano e Nilo « relativamente *all'annumerazione e restituzione* « *della dote*, il che nulla ha di comune col« l'alienazione dei corpi dotali in costanza di « matrimonio. Nell'istrumento del 1805 non « eravi verbo rispetto alla supposta facoltà di « vendere. Difatti vi leggesi: . . . Beninteso « che l'apposto patto di restituzione non debba « in modo alcuno ad essa Cerrale ostare onde « possa di quella dote disporre secondo dalla « legge le viene permesso. . . . Codesto patto « evidentemente si collega al precedente circa « l'uso di Capuano e di Nilo, per cui non ri« guarda l'alienabilità della dote. *Se è vero* « *che in causa jus est positum, manca al suo* « *compito il magistrato che sconosce la reale* « *posizione delle cose e il tenore delle stipula*« *zioni* » (2).

La cassazione di Palermo annullò una sentenza che aveva supposto che le parti contendenti *fossero d'accordo* sopra un fatto importante della causa (3), facendo questi osservazione, « che avendo la corte ritenuto un fatto « inesistente, e *dichiarata la esistenza di un* « *accordo dov'erasi contrasto*, non fu la causa « giudicata *secundum acta et probata*, e avven« corse in un manifesto eccesso di potere, per « causa del quale conviene che la sentenza sia « annullata » (4). Altra sentenza denunciata che aveva creduto nella esistenza di una confessione giudiziale venne pure annullata dalla stessa corte di cassazione, che disse immaginaria la confessione dalla corte di merito supposta (5).

Ho tolto codesti esempi, come si vede, dalle tre corti supreme (6), per mostrare il loro accordo nel principio, ed anche per farvi intorno qualche ragionamento.

Nel punto di vista del contrario sistema, quando la sentenza denunziata legge quello che non è scritto o legge al rovescio di quello che sta scritto, e ragionando discende perciò a conclusioni, e adotta corollari di diritto manifestamente opposti alla convenzione, e contrari alla logica, alla verità, alla giustizia la corte regolatrice deve dissimulare, tacere, lasciar andare per non violare il dominio del fatto che appartiene tutto intero al magistrato di merito, compresovi, se occorra, il monopolio della menzogna.

Similmente il tribunale di merito può dire che in atti vi è una confessione giudiziale quantunque non sia vero, può affermare che vi è una rinunzia alla lite quando l'atto da esso qualificato per rinunzia non è che una difesa.

Ognun vede che non sono questi *gli errori* per riparare ai quali si apre un ricorso in sede di rivocazione, mentre in fine non sono che *falsi giudizi*. Altro è il presupporre che non esista un documento e giudicare nel supposto della sua inesistenza, altro è prenderlo ad esame, e intenderlo precisamente al rovescio di quello che suonano le parole. Ciò non parrebbe credibile, perchè basta la più mediocre attenzione a schivare questi dolorosi e strani aberramenti dei tribunali, ma la esperienza è là per accertare che la cosa è credibilissima e frequente.

Le risposte che veniamo a dare alle obbiezioni potranno meglio chiarire la teorica.

III

Per due cause noi riteniamo viziosa e sindacabile la dichiarazione del fatto, secondo i cenni dati superiormente: 1° ove la *base del fatto sia evidentemente errata*, 2° ove la *dichiarazione, sebbene in apparenza riguardi il fatto, non sia che un giudizio di diritto*.

È forse il principale argomento dei valorosi propugnatori della *terza istanza*, non potersi

(1) Traversi - Della Valle, sentenza del 21 marzo 1861 (*Giurisprudenza italiana*, continuazione del Bettini, 1866 col. 167).

(2) Sentenza del 3 febbraio 1866 (*La Legge* 1866, num. 36). Altre potrebbero addursi delle tre corti.

(3) Decisione del 24 febbraio 1866 (*La Legge* 1866, num. 33).

(4) A parte la formola, questo non è che il travisamento.

(5) Cassazione di Palermo, 30 gennaio 1866 (*La Legge* 1866, num. 12).

(6) Lascio da quella non meno rispettabile di Firenze che sembra volersi dividere da noi su questo punto.

per umano sforzo discernere talmente e disgregare nelle contenzioni il fatto dal diritto, che uno di codesti emisferi rimanga come in dominio dei magistrati di merito, e l'altro più elevato, indipendente, quasi fuori dei contingenti, emisfero dell'ideale giuridico e della ragione, sia riservato alle escursioni speculative della cassazione. Che l'argomento si consideri poco o molto pernicioso a questa istituzione, e faccia desiderare la *terza istanza*, ciò non mi riguarda, poichè non difendo l'istituto della cassazione, ma ho la pretesa di dimostrare ciò che esso è. Che in gran numero di contingenze non possa il diritto separarsi dal fatto, mentre in altri aspetti può separarsene completamente, dirò alla semplice e come il lungo uso mi detta.

Ogni volta che la cassazione è chiamata a decidere intorno l'applicazione del diritto al fatto, è manifesto che la relazione fra il diritto e il fatto sussiste e rimane come fra due termini che si riuniscono per avvalorare un postulato che altrimenti non avrebbe ragione di essere. Io parlo di *fatto giuridico*, del fatto cioè che genera il diritto, onde l'assioma *ex facto oritur jus*. Noi abbandoniamo il fatto al giudizio indipendente dei tribunali di merito, lo riceviamo da essi come vien posto, ed è solamente il rapporto di diritto che dobbiamo esaminare. Le parti hanno stretto fra loro un contratto di compra-vendita e pattuite reciproche garanzie, anche il fatto fu materia di lunga contesa avanti i magistrati del merito, ma finalmente la volontà dei contraenti, il consenso prestato, i termini della convenzione vennero dichiarati: la corte suprema non deve occuparsi che di veder se le applicazioni di diritto siano giuste. Quantunque il fatto sia immutabile, è però sempre il fatto che governa la dichiarazione di diritto onde si forma un tutto inseparabile, poichè il diritto prende dal fatto quantità, norma e ragione di essere.

Da questo avviene, come dichiarerò in appresso, che se gli elementi costitutivi del fatto, anzichè puramente storici, siano essi medesimi giuridici, sono tolti in esame dalla corte suprema, onde la congiunzione del fatto col diritto diviene, a così dire, più intima e sostanziale.

Sott'altro aspetto il diritto è realmente ed assolutamente diviso dal fatto. Come deve intendersi, come deve interpretarsi il tale articolo di legge? Ciò è teorico, astratto, scientifico e non si attiene a fatto di sorta.

Quest'ufficio elevato, mediante il quale la legge si considera come un puro concetto dello spirito, niuno contrasta alla corte di cassazione, ma quando le è necessario di scendere nella officina, per così esprimermi, del fatto, per vederlo, conoscerlo, se non per fabbricarlo, fa argomento in certo modo il suo potere; si teme ch'esso trascenda, talchè per lo sospetto che la cassazione sia per *degenerare in terza istanza*, si vorrebbe privarla di quella libertà di movimento di cui dev'essere fornita per svolgere compiutamente la propria azione.

Potere della cassazione quando la base del fatto sia evidentemente errata.

La cassazione col ristabilire il fatto, ristabilisce l'autorità del principio giuridico.

I patti sono legge fra i contraenti: *pacta servabo*, è un principio di diritto: la osservanza dei patti è posta sotto la protezione della giustizia come qualunque altra relazione giuridica (articolo 1123 del Codice civile).

È lecito alla corte di merito interpretare il patto, ma non è lecito negarlo, capovolgerlo, distruggerlo, e con questo invertere e deludere le conseguenze di diritto. Che differenza vi ha fra negare il fatto e negare il diritto? Se esaminando un istrumento di vendita dite che non vi è patto risolutivo, quantunque allegato dall'attore, e quantunque il patto risolutivo vi si trovi scritto, e per conseguenza respingete l'azione intentata, non equivale ciò forse per gli effetti, al giudizio erroneo di diritto, come se aveste detto che il patto è bensì stipulato, ma nonostante lo ritenete invalido a partorire l'azione?

E se il tribunale respinge una eccezione declinatoria perchè, secondo esso, non presentata prima di ogni altra difesa di merito, dichiarando non sussistere il fatto opposto dal convenuto, che stando nel vero, protestava l'eccezione di merito essere posteriore e subordinata (1), e se il fatto risulta a vista d'occhio dal processo come il convenuto sostenne, non è forse violato il contratto giudiziale e il principio che lo governa?

Perciò quando in cassazione si allega il travisamento, esso è denunciato come la flagrante violazione di un articolo o di un principio di legge, e la corte giudica coll'appoggio di una legge, e permanendo nella regione dei principii.

Potere della cassazione quando la dichiarazione, sebbene in apparenza riguardi il fatto, non è che un giudizio di diritto.

(1) E ciò esclude l'*azione in rivendicazione*, sendochè *il patto è stato contravvenuto* (articolo 493, num. 4, in fine).

Nei giudizi non viene in considerazione che il fatto giuridico (1), quando adunque diciamo che il tribunale di merito giudica il fatto, intendiamo il fatto giuridico, o tale che si annette ad un fatto giuridico in esso assimilandosi. Da ciò quell'azione immanente della corte suprema che si stende, si direbbe, virtualmente nell'emisfero del fatto, e la vera difficoltà di segregare le attribuzioni dei ministeri giudiziari. Nondimeno una distinzione può anco esser posta teoricamente. Nel giudizio dei fatti giuridici havvi una parte soggettiva, *e che appartiene totalmente alla convinzione*, e questa è nel dominio dei magistrati di merito: la interpretazione della volontà dei contraenti, e la esistenza stessa dei fatti storici di dubbio valore e non contraddetta da materiale evidenza. Havvi una parte oggettiva o *pertinente al diritto*, nel giro della quale il fatto si qualifica dal diritto. La corte di merito ha stabilito che fu intenzione delle parti di recedere dal contratto e di fare una novazione. È questa una verità che la cassazione deve riconoscere. La corte di merito da tale volontà deduce la conseguenza che la novazione esiste. Ma chiaramente egli è un fatto giuridico impiantato di elementi di fatto e di elementi di diritto. Ha per base la volontà, il consenso libero, senza di che i requisiti giuridici non sarebbero che vane apparenze. Ma lo stesso consenso non basta. La legge determina certi caratteri, nei quali è riconoscibile la novazione (articolo 1267 del Codice civile). Più, ha dichiarato che certi fatti non partoriscono la novazione. Così se la corte di merito ha stabilita la esistenza della novazione in un caso conforme a quello previsto dall'articolo 1271, la dichiarazione di fatto è censurabile, perchè respinta dal diritto che in quel caso non la riconosce.

Io comprendo che nei termini di questa teoria non vi può esser discordanza, ma mi sono permesso di credere che non fosse praticamente inutile condurre sino a questo punto il mio discorso. Del resto, e rimettendomi sul tema del *travisamento*, io faccio osservare che i limiti del ministero di merito e di quello della cassazione *non sono positivi, ma razionali*. Non vi è alcuna legge la quale ci ammonisca, fin qui si può andare, e qui bisogna fermarsi. E debbo accondiscendere anche un'altra volta a quelli che sostengono la naturale intimità del fatto col diritto. Valga dunque la ragione e il consenso generale della giurisprudenza e degli uomini lungamente esercitati in questa materia. La cassazione non deve degenerare in terza istanza, pienamente d'accordo, ma deve essere posta in quelle condizioni che sono necessarie per compiere la propria missione, riparatrice delle violazioni di legge. Ho già dimostrato che lo sconoscimento e negazione dei fatti storici evidenti racchiude il pervertimento dei rapporti di diritto, e quindi la più flagrante, e dirò ancora, la più vergognosa negazione del diritto.

Ma come si fa a conoscere questo errore? Dall'intuito, dall'evidenza. Se questo vi si concede, dicono i contrari, è finita per la indipendenza dei giudici del merito, poichè quella medesima evidenza che convince i signori della cassazione della esistenza di un errore materiale, li convincerà ugualmente di ogni altro errore di criterio commesso dai giudici, onde avranno strada fatta per entrare nei dominî dei tribunali di merito, e si pianteranno sovra essi, veri tribunali di terza istanza.

Per non cader vittima, ci si perdoni la frase, di un sofisma, lasciamo primieramente al buon senso distinguere una cosa dall'altra. Vediamo come a due diverse manifestazioni del tribunale rispondano due diverse sanzioni della corte suprema.

Nasce contestazione sulla intelligenza di un contratto o di più contratti, il magistrato ordinario li esamina, ragiona, esprime la sua convinzione, decide. Il giudizio, se non è viziato in diritto, è perfettamente autonomo. Niuno vuol ricercare se la convinzione sia bene o mal fondata, non c'è altra convinzione che voglia e possa misurarsi e lottare con essa. Vedete intanto che su questo comprensorio immenso dei fatti non è temibile la invasione della cassazione.

Ma il magistrato ordinario fa un'altra cosa. Esamina i contratti sottoposti al suo giudizio, ma nello stesso tempo manomette la verità letterale di uno o più patti interessanti e decisivi. Si tratta primieramente di conoscere se vi è un contratto di compra-vendita. Stabilisce che il contratto sussiste, si tratta del pagamento del prezzo che il venditore richiede immediatamente. Il magistrato ordinario dichiara la esistenza del contratto: è la sua convinzione: questa sua convinzione si rispetta. Quanto al prezzo, non senza indicare e riferirsi ai termini del contratto come doveva, dichiara che

(1) Fatti che generano diritti e obbligazioni: fatti contemplati dal codice, composti di elementi e frammenti storici, come tutti i fatti, ma elevati e divenuti obbligatorî dalla forza del volere umano, protetto dalla legge.

deve pagarsi subito. Ma che? Nel patto decimo si trovano scritte condizioni di tempo, quali prevede l'articolo 1508 del Codice civile, e la questione del traslamento è recata alla corte suprema. Pare a voi che l'ufficio dell'interprete possa giungere fino a distruggere o falsare il documento, che è poi tutt'uno?

Ebbene, è questa facoltà riparatrice che reclama come proprio diritto la corte di cassazione, affinchè un altro magistrato di merito si occupi del patto manomesso o guasto, e renda piena giustizia.

Ammettiamo o no che si possano correggere gli elementi giuridici della convinzione, senza però volersi imporre alla convinzione medesima? Rapporto agli elementi della convinzione è forse in arbitrio del giudice il comprenderli a modo suo? Se il giudice fosse convinto che esiste una compra-vendita, essendo mancando il prezzo, una tale convinzione sarebbe accettabile, solo perchè è una convinzione? Ora non contate voi il patto, suprema legge fra i contraenti, come un elemento giuridico? Se lui guastate un articolo, la cassazione dice che la vostra interpretazione è travagliata da un vizio interno che le toglie vigore, e se voi lacerate la lettera della convenzione, dite che bisogna lasciar fare. La verità ci si presenta ugualmente chiara nell'un caso o nell'altro, la ingiustizia è ugualmente palese, ma in questo caso, si risponde, non è che un inconveniente del sistema, e come tale è forza tollerarlo! Invero, se ciò fosse, buono argomento avrebbero in mano gli avversari della cassazione che la stimano una orgogliosa vacuità, non occupandosi che di astrazioni, e nulla curando l'interesse reale ed effettivo delle parti.

Domando ancora licenza di osservare che si è abusato della parola convinzione. Noi sogliamo chiamare convinzione quello stato della coscienza che, applicandosi a conoscere una verità di fatto, crede di averla trovata. In diritto le verità non sono soggettive, ma oggettive. La corte suprema vede la soppressione o negazione di un patto, come vede la soppressione o negazione di un articolo di legge. Essa percepisce la differenza che passa fra la convinzione dell'interprete e l'abuso che l'interprete fa degli elementi di fatto, che sono insieme elementi di diritto, col negarli o falsarli. È sempre la *ragione* che giudica, ma una ragione che intende se stessa, e concepisce senza confusione i diversi uffizi a cui è chiamata.

Ed io non so perchè, e con quale scopo, si voglia ridurre a tale condizione d'impotenza la corte suprema a fronte delle verità più certe e degli abusi più manifesti, quasichè non si lasciasse in tal modo ai magistrati del merito la più sfrenata potestà di deridere i responsi della cassazione, solo che pongano il sì in luogo del no, e ad un patto che obbliga sostituiscano una assoluzione immaginaria. Insomma si vuole spogliare la corte suprema de' suoi più necessari attributi per vestire i giudici di merito di un potere illimitato per lo sospetto che la cassazione non degeneri in terza istanza. Ciò abbiamo veduto non essere possibile: del rimanente, ci battiamo noi sul terreno della verità o su quello dei sistemi? È forse un male, se mancando la garanzia dei tribunali di terza istanza e del secondo appello, la cassazione abbia dei poteri sufficienti onde non lasciar trionfare errori funesti, condannati dalla ragione e dalla coscienza universale?

Per le sopraggiunte opposizioni dettai in seguito alcune parole che compiono la mia argomentazione. Mi permetto di aggiungerle.

Due criteri differenti conducono allo stesso risultato. Il primo criterio, l'ho già nominato, è la *evidenza*, il secondo non è altro che la legalità pura e semplice che la corte di cassazione deve mantenere incolume.

Amendue per noi sono controversie di diritto versando sugli elementi della interpretazione. Ma si dice che un vero criterio di evidenza non c'è, che la evidenza non essendo che un modo del nostro spirito, per uno si mostra evidente ciò che per altri riman dubbio, che aperto una volta l'adito alla censura dell'arbitrio interpretativo non si vedrebbe più confine, e una volta preso a rivedere il fatto, la cassazione portata fuori del suo istituto verrebbe degenerando in terza istanza, finalmente, se la evidenza si vuole applicare al senso materiale delle parole, perchè non dovrebbe applicarsi anche alla erroneità del ragionamento che risultasse del pari evidente?

Noi rispondiamo che se il *criterio della evidenza* fosse così empirico come si crede, non sarebbe uno dei supremi fondamenti della logica nè un postulato universale. *L'evidenza* è il vero. Si potrebbe sempre rispondere che l'evidenza è soggettiva, e quindi fuori dell'ordine dei principii. Si teme che la corte suprema abusi di questo criterio, e non si teme che i magistrati di merito abusino dei materiali della cognizione sino a costruire a loro grado la posizione del fatto. La nostra dottrina dice: vi ha un limite fra ciò che è interpretabile e ciò che non è. La contraria dice:

non vi è alcun limite. In questa sfera elevata si assume la questione. Noi diciamo: si può abusare della facoltà della interpretazione; non credo che in contrario si risponda che non si può abusare, ma sembra sostenersi che dell'abuso niuno è nè può esser giudice.

Non vi sarà più termine ove fermarsi? L'argomento, nel nostro modo di vedere, non è che una petizione di principio. Non fa che negare il criterio della evidenza come postulato scientifico e percezione intuitiva. Se criterio d'evidenza c'è, si rinviene il limite; se non c'è, la nostra dottrina manca di fondamento.

Si corre pericolo di mutare l'istituto della cassazione in una terza istanza? Contro il quale timore potrei allegare, per dir così, una prova storica: la giurisprudenza principalmente della corte di cassazione di Torino. Potrà vedersi con quanta riserva sia applicato il principio del travisamento, e come sia rispettata la libertà dei giudizi di fatto, più efficace quanto meno può trascendere dai suoi giusti limiti!

E dove la materia sia interpretabile, siccome accade d'ordinario, è chiaro che il discorso interpretativo, qualunque sia, sfugge alla censura della cassazione, che non esamina nè può esaminare la bontà del ragionamento dedotto dagli elementi del fatto.

Ma non deve dimenticarsi il travisamento della seconda specie (chiedo venia del vocabolo che non mi sembra il più proprio), che è il meno raro e il più pericoloso. La legge ha divisati i cardini principali della interpretazione nel paragrafo intitolato *Della interpretazione dei contratti*, articolo 1131 e seg. del Codice civile. È difficile rilevare in un ragionamento complesso, tolto da un insieme di fatti, il vizio giuridico che ne informa le basi. Può anche dirsi che alcune delle *regole* non sono che criteri direttivi e consigli della prudenza legislativa. Ma altre ve n'ha che non possono impunemente violarsi. Ne indicherò tre, rassunte negli articoli 1136, 1138, 1139. Più volte si è deciso dalla corte suprema di Torino, essersi travisato il contratto, per non avere il magistrato giudicante tenuto conto del valore di relazione che hanno più clausole di un contratto con che si danno luce e si spiegano l'una per l'altra.

Ma passando dal travisamento della legge del contratto a quello della *volontà del testatore*, portiamo un esempio recente fornitoci dalla corte suprema di Torino in una sua decisione del 23 aprile 1870 (*Monitore*, 1870, pag. 446), che ci darà materia a qualche osservazione.

Un testatore fa un legato di somma, e dice che per due anni dalla sua morte non si pagheranno interessi. Evidente è la volontà del testatore, che scorsi i due anni, e non soddisfatto il legato, si corrispondano gl'interessi. *Inclusio unius exclusio alterius.* Il tribunale viola apertamente la volontà del testatore, mentre senza addurre argomento fuori o contro la lettera della disposizione, fa decorrere gl'interessi dalla *domanda giudiziale*. La corte di cassazione di Torino annullò la sentenza.

Io sento la verità e la giustizia della conclusione. Nel sistema riservato, e un po' troppo riservato per l'interesse della giustizia, che proibisce alla corte suprema di leggere i documenti e di risalire alle fonti della interpretazione, essendo il magistrato del merito pienamente libero di dire che il bianco è nero, o nero il bianco, in quel sistema il ricorso sarebbe stato rigettato. Eppure il tribunale non aveva fatto neppure le viste d'interpretare, asserì una proposizione di diritto, come avrebbe fatto se la legge stessa invece del testatore avesse parlato, e disse che quando è stabilito che gl'interessi di un legato devono restar sospesi per due anni dalla morte del testatore, non decorrono già dopo i due anni, ma in un altro tempo qualunque. Nè senza dichiararsi che la volontà del testatore era stata travisata, poteva determinarsi la violazione dell'art. 865, num. 1, del Codice civile.

Vengo così toccando di questo grave soggetto senza pretensione nè di confutare altre opinioni nè di convincere alcuno, ma solo perchè la questione rimanga nei veri suoi termini. Vorrei da ultimo richiamare l'attenzione sull'articolo 517, num. 3°. Io non leggo in veruna parte del Codice che il fatto sia per la corte di cassazione un libro chiuso e impenetrabile. Trovo anzi molto spesso che bisogna entrare nel fatto e giudicarne. Per conoscere *se siasi pronunziato su cosa non domandata* (§ 4) bisogna esaminare il fatto, la citazione, gli atti del processo, le conclusioni delle parti. Non altrimenti quando si rimproveri alla sentenza *avere aggiudicato più di quello ch'era domandato* (§ 5), e in altri casi ancora. Neppure si vede concesso al magistrato di merito una specie di potere discrezionale, senza limiti e senza controllo in fatto d'interpretazione. E valgano le specie indicate a farne prova. Quando si annulla una sentenza per aver giudicato *ultra petita*, e non *juxta petita*, il magistrato ordinario non risponde: il mio criterio è arbitrario, a me appartiene, ed a me solo, decidere sulla quantità della domanda, sul risultato del processo, e cose si-

mili. Perciò non saprei comprendere la ripugnanza dell'esame del fatto che sembra volersi dedurre dalla natura della istituzione. Invece il § 3 ha una estensione che abbraccia senza sforzo il nostro sistema. Credo di averlo già dimostrato. La legge non dice per quali argomenti si violi o si applichi falsamente la legge. Può farsi e si fa in tanti modi. Uno di essi è, secondo noi, di negare il fatto chiaro, evidente, incontrastabile; mezzo semplice per rovesciare le proposizioni di diritto.

SEZIONE II.

Del ricorso per cassazione e del procedimento relativo.

Articolo 518.

Il ricorso per cassazione deve essere proposto nel termine di giorni novanta.

Per coloro che abitano fuori di Europa il termine è di giorni cento ottanta.

Il termine decorre dalla notificazione della sentenza a norma degli articoli 367, 396 e 437. Se si tratti di sentenza contumaciale, il termine decorre dalla scadenza di quello stabilito per fare opposizione.

Annotazioni.

1. Le indicazioni dei diversi punti di movenza del termine sono esatte. Ricorderemo che quanto spetta alle *sentenze dei pretori* si hanno ad intender quelle che si proferiscono in *seconda istanza* (articolo 83).

2. Di regola col nostro ricorso facciamo utile a noi stessi e non agli altri, *eccettochè non si tratti di causa indivídua*, a favore di quelli che sono nella nostra identica posizione di attori o di convenuti. E questi sono in facoltà di comparire o no in cassazione: la vittoria a ogni modo non potrà non tornare anche a loro profitto. Ne segue che, presentando ricorso *dopo il termine*, sono ascoltati (cassazione, 20 aprile 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, tom. I, pag. 275, 30 gennaio 1856, ivi, p. 109, 21 febbraio 1856, ivi, pag. 157).

Gli stessi principii tornano a presentarsi da sè, ricorrendo contingenze conformi; tanto è lontano che la procedura sia un sistema arbitrario. Ecco ancora il *principio d'identità*. Nella vita reale i principii sono fecondi e tendono ad espandersi nelle conseguenze. Fra le razze filosofanti, se mai siamo una di quelle, siamo la meno rigida. *Col ricorso si proteggono gl'interessi conseguenti*, per cui si ritiene potersi sostenere il ricorso *anche dei litisconsorti aventi un interesse dipendente dal nostro* (cassazione, 10 marzo 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, tom. I, pag. 101).

Poichè il discorso ci conduce in argomento che sotto l'aspetto pratico è veramente grave, può tornar utile rammentare una decisione che non dubitò di stabilire che un coerede legittimo può ricorrere in cassazione contro una sentenza che condannò altro coerede a perdere certi diritti che si suppongono appartenere al patrimonio comune; e così ricorrere tanto nel proprio interesse attuale che in quello del patrimonio *a profitto di tutti che vi avessero diritto* (cassazione, 18 marzo 1856, ricorso Monteregale-Zucchi, *Gazzetta dei Tribunali*, t. I, pag. 227).

Ma c'è anche il pericolo d'andar troppo in là. Fortunatamente il nuovo sistema concede di assestare in qualche modo la teoria.

Il brusco ricorso di un terzo in cassazione, abbia pure un interesse diretto nella controversia decisa, poteva in certo modo accarezzarsi, se mi si fa buona la frase, quando mancava la *opposizione del terzo*, ora il ricorso prima della opposizione sarebbe assurdo. Può bene tralasciarsi questa via e promuoversi separate azioni o difendersi collo scudo del *res inter alios acta*, come si disse a suo luogo, ma volendosi attaccare la sentenza contro lui non pronunciata, il terzo dee far uso del rimedii *più prossimi*, dopo di che, non saltuariamente ma progressivamente, potrà ascendere in cassazione.

Desidero sia ben ritenuto questo ufficio, che direi graduale della *opposizione del terzo*. Non si potrebbe permettere, e non so invero in virtù di qual legge, chi non fece le sue armi in

Articolo 519.

Quando nel termine suddetto non sia stato presentato ricorso per cassazione, o vi sia stata rinunzia al ricorso presentato, il ministero pubblico presso la corte di cassazione può denunziare d'uffizio la sentenza, se creda che debba essere annullata nell'interesse della legge.

In questo caso le parti non possono giovarsi dell'annullamento della sentenza.

Annotazioni

1. Le sorgenti di questa istituzione sono l'articolo 25 della legge 27 novembre 1790, l'articolo 27 della costituzione del 3 settembre 1791; l'articolo 88 della legge 27 ventoso, anno VIII. Condizione assoluta al esercizio di cotale facoltà *è il trascorso dei termini* a ricorrere. È sopratutto l'interesse delle parti che si cura mediante un ricorso in cassazione; il termine dev'essere passato perchè siffatta decisione, che è veramente e unicamente di principio, non influisca in danno o in vantaggio delle parti che hanno raccolte le vele innanzi alla cosa giudicata e cessato il litigio.

2. Per domandare la cassazione ne l'*interesse della legge*, sono forse aperti tutti i mezzi dell'articolo 517?

Indubbiamente due ordini d'idee informano i categorici pronunciati dell'art. 517. Alcune delle cause irritanti ivi mentovate si rannodano a principii superiori, e sono generali; altre però tengono strettamente all'interesse privato, in certa guisa si confondono colla *specie*, non hanno importanza fuorchè dal fatto, mancano di generalità. Tali sono il n° 4°, il 5°, il 6°, e altri ancora. Io proprio non credo che per tali motivi il pubblico ministero potesse atteggiarsi a vendicatore dell'interesse pubblico offeso e pretendere a una missione sociale. Perciò è stato ritenuto con molto senno che non si domanda nell'*interesse della legge* la nullità di una sentenza per inconcio di motivazione (Dalloz, cassazione, n° 1069).

Cosa è mai l'*interesse della legge?* Si tratta *di conservare la ortodossia e purità del dogma giuridico* nella dottrina della corte suprema. Ristorare il diritto onde non pera sotto la negazione di un giudizio autorevole, cancellare dagli annali della giurisprudenza la lezione dell'errore perchè non abbia discepoli. Questo è invero il culto dell'idea, una definizione scientifica e nulla più; non influisce sui rapporti creati dalla sentenza su cui è messo il suggello morale della riprovazione. Mancando il ricorso delle parti lese, non cessa la sua efficacia giuridica, bensì la sua efficacia morale, la sua forza esemplare, ed è pure un alto e nobile fine (1).

Articolo 520.

Il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza, salvo i casi eccettuati dalla legge.

Annotazioni.

Uno di questi casi è scritto nell'art. 750.

Articolo 521.

Il ricorso per cassazione deve essere preceduto dal deposito della somma di lire centocinquanta se la sentenza impugnata sia di corte d'appello, di lire settantacinque se la sentenza sia di tribunale civile o di commercio, di lire venticinque se la sentenza sia di pretore.

Non è luogo a deposito:

1° Per i ricorsi nell'interesse dello Stato;

---

(1) Le cose si spingevano molto più avanti nel sistema francese. È noto il diritto di denunciare le sentenze viziate di eccesso di potere che aveva il governo mediante il ministero pubblico in forza dell'articolo 80 della Legge 27 ventoso, anno VIII. Azione che si poteva esercitare anche pendente i termini del ricorso, non senza efficacia sui rapporti attuali dei litiganti.

2° Per i ricorsi nell'interesse di persone ammesse al benefizio dei poveri per domandare la cassazione;

3° Negli altri casi eccettuati dalla legge.

Le disposizioni dell'articolo 500 sono applicabili ai depositi che si debbono fare per ricorrere in cassazione.

Annotazioni.

1 Questo articolo si collega coll'articolo 500, che nominatamente richiama.

Ad ogni ricorso, il deposito: regola però soggetta a più limitazioni.

1° *Pluralità delle sentenze pronunziate nello stesso giudizio.* Sono tali le sentenze pronunziate *in eodem subjecto* e successive. È nata sentenza interlocutoria o incidentale, indi la definitiva. Si può ricorrere da tutte con unico atto e un solo deposito. Sono tali anche le varie sentenze interlocutorie contro le quali si ricorre proferite prima della sentenza definitiva. Sono tali finalmente quelle sentenze che formano altrettanti capi distinti, ma che per l'effetto del deposito si considerano una sola quando si contengono nello stesso giudicato.

2° *Unità d'interesse nella pluralità dei ricorrenti.*

La espressione è stringente; *stesso interesse.* Non è nuova: è quella usata dai codici precedenti. La giurisprudenza ha già date le sue spiegazioni. Non si richiede una propria e assoluta *identità d'interessi.* Basta la *comunanza*, una ben pronunciata attinenza degli interessi (cassazione, 29 aprile 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, I, 293, fra le altre sentenze). Talvolta dee de la conformità dell'oggetto litigioso, benchè i mezzi di difesa non siano identici. Più conduttori citati a dimettere il fondo locato possono difendersi con argomenti dissimili, o sostenere risponsabilità impari o distinte (1), ma in relazione al fine dell'istanza avere *comunanza* d'interessi. Qualche altra volta i mezzi di difesa sono di maniera speciali e personali, che quantunque combattano d'accordo ad uno scopo, si reputano cause distinte all'effetto di distinti depositi, perchè *la sentenza potrebbe cadere per gli uni e restar ferma per gli altri*, che è forse il miglior criterio per giudicare sulla unione degli interessi (2). Si può non avere che un interesse del tutto secondario, o ausiliario semplicemente e famulativo, in tal caso ritenuto che, attaccandosi al ricorso principale (altro sarebbe ricorrendo separatamente), un sol deposito è sufficiente (cassazione, 26 febbraio 1862, Bettini, tom. I, pag. 244). Non si potrebbe veramente fissare una regola, i casi sono moltiplici e vari, è una questione preliminare di fatto cui deve spesso applicare la corte suprema per causa del deposito.

2. *Chi è ammesso al benefizio dei poveri* non è esonerato che dall'anticipazione del deposito. Del resto, rigettandosi il ricorso, può essere condannato alla multa e spese; e anche ai danni, se sia il caso (cassazione, 11 marzo 1850, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. I, pag. 124 e *passim*).

3. È sempre luogo al *deposito anche* quando non fu notificata la sentenza (Vedi in fine della presente sezione).

Articolo 522.

Il ricorso per cassazione è diretto alla corte, e sottoscritto da un avvocato ammesso a patrocinare davanti la medesima, munito di mandato speciale per quest'oggetto della parte ricorrente.

Annotazioni.

È stato deciso

a) Che il mandato speciale a ricorrere in cassazione è valido quantunque non indichi la causa e l'oggetto da trattarsi (cassazione, 12 maggio 1852, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. I, pag. 259.

(1) Uno ha interessenza maggiore e l'altro minore, uno dovrà restituire capitali ricevuti e l'altro no, purchè non si disputa oggettivamente di tali interessi distinti, ma solo sulla cessazione dell'affitto, atteso, per esempio, il trascorso del termine, che sarebbe questione fondamentale e comune.

(2) *A.* e *B.* sono citati a pagare una somma per credito. *A.* sostiene di non aver debito, perchè essendo egli minore quando si sarebbe obbligato, la sua obbligazione è nulla. *B.* sostiene invece ch'egli ha pagato il debito, e crede di provarlo. Amendue furono condannati, amendue ricorrono, devono fare due depositi.

b) Che un mandatario generale *ad lites* può nominare un procuratore speciale per ricorrere in cassazione (cassaz., 10 agosto 1862).

c) Che per altro deve farsi la prova del mandato generale con cui la procura speciale dev essere accompagnata (cassazione, 21 marzo 1857, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. I, p. 191).

d) Che un sindaco autorizzato alla lite, deve esserlo *specialmente* per ricorrere in cassazione (cassazione, 23 ottobre 1859, Bettini, tom. I, pag. 972). Esperimento straordinario, non si ritiene compresa la facoltà del mandato a fare o sostenere la causa, salvo che non includesse manifestamente tutti gli stadi del giudizio.

e) Che ove il ricorrente abbia d'uopo d'autorizzazione un sindaco (per esempio) *non è sanato il difetto del ricorso*, se l'autorizzazione è riportata *dopo il termine utile per ricorrere* (cassazione di Firenze, 6 settembre 1862) (Vedi in fine della presente sezione).

Articolo 523.

Il ricorso per cassazione deve contenere:

1° L'indicazione del nome e cognome, della residenza, o del domicilio della parte ricorrente e di quella contro cui si ricorre;

2° L'esposizione sommaria dei fatti;

3° La data della sentenza impugnata e della notificazione, o la menzione che non fu notificata;

4° I motivi per i quali si chiede la cassazione, o l'indicazione degli articoli di legge su cui si fondano.

Al ricorso devono essere annessi:

Il mandato per l'avvocato che ha sottoscritto il ricorso;

Il certificato del deposito, o il decreto di ammissione al benefizio dei poveri;

La copia della sentenza impugnata, autenticata dal cancelliere;

Gli atti e i documenti sui quali il ricorso è fondato;

L'elenco delle carte che si presentano dalla parte ricorrente.

Annotazioni.

Numero 2° — *L'esposizione sommaria dei fatti* è qualche cosa più di semplici cenni sconnessi dai quali non sia dato raccorre una storia, sia pure succinta. La corte suprema di Torino non fu mai notata di rigore su questo punto; ed è stata contenta di poter rilevare il fatto ora dai mezzi del ricorso (cassazione, 24 marzo 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. I, pag. 43), ora per riferimento alla sentenza impugnata, contemporaneamente prodotta (cassazione, 29 dicembre 1858).

Il numero 3° ci fa chiari che *non è necessario al ricorso in cassazione la previa notifica della sentenza*, la data però della sentenza non si presume, ma deve risultare espressa. Nonostante in qualche caso, non essendosi agitata fra le parti che una sola causa, e non essendovi che una sola sentenza, hanno potuto ricavarsi argomenti della sua identità da altri riscontri dedotti dall'atto di ricorso.

Numero 4° — L'indicazione dell'articolo che si assume violato è di rigore. È stato deciso molte volte non bastare enunciative di massime o di principii di giurisprudenza, e i repertorii ne fanno fede. Non basta: si devono addurre i *motivi* della violazione. Nondimeno in questo si è per solito meno severi. Indicato l'articolo, detto il perchè della violazione, qualche volta citato l'articolo insieme ad altri, il giudice supplisce qualora conosca che quella legge è suscettiva di nuove applicazioni sfuggite al ricorrente.

Se non che vi hanno bene delle violazioni di principii che i codici non formulano o perchè assiomatici e primi, o perchè generali e abbraccianti un complesso di fatti e di operazioni giuridiche, o perchè consacrati bensì dalla tradizione scientifica, pertinenti, per es., al gius internazionale, ma non trasportati nel formulario dei codici. Non siamo così attaccati alla lettera da volere imporre questa disciplina anche dove non sia possibile, dove non avrebbe più ragione di essere.

Un ricorso può riferirsi senza irregolarità ai mezzi spiegati da un altro ricorrente che propugna la tesi medesima (cassazione, 10

marzo 1858; *Gazzetta dei Tribunali*, vol. I, pag. 101).

Documenti annessi al ricorso.

È un puro e semplice apprezzamento, un affare di circostanza. La produzione del documento è specialmente necessaria in questione di *travisamento*. Abbiamo bisogno tante volte di vedere l'atto testuale; del resto, se il punto di fatto non viene in controversia, se la sentenza denunciata fornisce dati sufficienti, non cerchiamo più oltre. Però non si guarda se il documento sia proprio del ricorrente o del contrario, si deve produrre quello dell'avversario, ricevuto in copia, *in quanto la cognizione dell'atto sia necessaria*, nè si possa altrimenti sciogliere la questione, il solo oggetto di questa legge.

La esibizione degli atti necessari deve essere contemporanea al ricorso: dopo, si avrebbe per tardiva, sarebbe frustranea, non salverebbe dalla decadenza. (Vedi appresso l'articolo 528).

Articolo 524.

La sottoscrizione dell'avvocato nel ricorso importa elezione di domicilio presso di lui, quando abbia residenza nel comune in cui ha sede la corte di cassazione.

Se l'avvocato non abbia residenza nel detto comune, si deve nel ricorso eleggere domicilio nel comune medesimo con indicazione della persona o dell'uffizio presso cui è fatta l'elezione. In mancanza tutte le notificazioni sono fatte alla cancelleria della corte.

Articolo 525.

Il ricorso col certificato del deposito, o col decreto di ammissione al beneficio dei poveri è notificato all'altra parte nella forma delle citazioni nel termine stabilito per ricorrere. La corte può autorizzare la notificazione per pubblici proclami a norma dell'articolo 146.

La notificazione importa l'offerta di comunicazione delle carte descritte nell'elenco.

L'atto di notificazione è scritto e sottoscritto dall'usciere sull'originale e sulla copia.

Alla notificazione del ricorso è applicabile la disposizione del capoverso dell'articolo 145.

Annotazioni

1. La vera importanza consiste *nella notificazione*; se il ricorso porti il nome del defunto che nell'intervallo dalla notificazione passò di vita, non osta: ma il ricorso deve constare notificato agli eredi (cassazione 25 agosto 1849, *Gazzetta dei Tribunali*, anno 1851, pag. 104).

2. *La notificazione è fatta all'altra parte nella forma stabilita per le citazioni.*

Il modo della notificazione indica talvolta un *rapporto di continuità*, che in altre evenienze cessa del tutto. La citazione d'appello (articolo 486), quella di revocazione nel primo periodo (articolo 502), si notificano non altrimenti che le sentenze ai domicili artificiali statuiti dalla legge per una certa maggiore comodità o speditezza. Se il notificando fosse defunto, non si cercherebbe un diverso domicilio per denunciar l'atto agli eredi già obbligati dal contratto giudiziale del loro autore. Ma il ricorso in cassazione può dirsi *res nova* e quasi atto *straordinario*, per conseguenza la notificazione del ricorso è parificata a quella della citazione introduttiva del giudizio rispetto al luogo e al modo, e si regola colle norme degli articoli 139, 140, 141, 142, 143 (1). Sorge tuttavia una più mite giurisprudenza che non si associa a tanto rigore (Vedi in fine della presente sezione).

Verrà assai rara l'applicazione degli articoli 141 e 142, poichè dopo due giudizi non è

(1) La morte della *parte litigante* che non avvenga nel corso del giudizio (nel qual caso dispongono gli articoli 332 e seg.) non influisce sul corso dei termini, quanto al ricorso in cassazione non si ha che a notificarlo agli eredi, se la morte è avvenuta prima della notificazione e sia stata denunciata. Quanto al *luogo* della notificazione, secondo questo sistema, dovrebbe essere fatta precisamente come si farebbe per un nuovo atto di citazione.

b) Creditore, debitore garantito e garante. Supposto il ricorso del creditore, esso sarebbe regolare, notificato che fosse al debitore e non al suo garante, sebbene intervenuto in giudizio (cassazione, 22 giugno 1855, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. I, pag. 398, cassazione, 26 luglio 1851, vol. I, pag. 361) (1). Non si potrebbe di fatti invocare verun testo in contrario. Annullata la sentenza a favore di questo creditore la cui domanda era stata licenziata nel giudizio di merito, in quello di rinvio il debitore potrà ancora chiamare il garante a difenderlo. Nè gli potrà esser opposto l'articolo 491, giacchè il garante faceva parte del giudizio di prima istanza. Ecco la situazione rapporto ad essi.

Facciamo ora il caso che il debitore-garantito che ha perduto, porti ricorso contro il creditore. Poniamo anche due ipotesi subalterne, o che abbia ottenuto rilievo, o che non lo abbia ottenuto. Certamente il suo ricorso è regolare non chiamando che il creditore. Soccombe? La sua posizione rispetto al garante non muta. Se vince, egli ha fatto col proprio anche l'interesse del suo mallevadore.

Fingiamo invece che il debitore abbia chiamato in cassazione il garante che per altro era già stato condannato a favor suo. Il debitore ha sempre interesse per farlo, attesochè gli giovi averlo presente e condifensore. Il garante però, nel suo rispettivo interesse in faccia al garantito, non può giovarsi del ricorso di lui, ma avrebbe dovuto interporlo per sè nell'interesse proprio.

c) Del ricorso reciproco, o condizionale. Quindi il tema che ho veduto riuscire le molte volte assai grave nell'atto pratico, *del ricorso reciproco*. Chi ha vinto nella questione principale, e rimase soccombente in una secondaria o subalterna, può credersi senza interesse per provocare un ricorso. Tizio fu citato da Caio per rivendicazione di un fondo. Tizio oppone di non doverlo restituire, in ogni caso domanda di esser dichiarato possessore di buona fede per l'appropriazione dei frutti. La sentenza respinge la domanda dell'attore e quella del convenuto, la prima perchè non è provata, la seconda perchè provato che fosse, ne verrebbe la conseguenza che il convenuto come possessore di mala fede dovrebbe restituire i frutti. Nello stato delle cose Tizio è vincitore e non avrebbe interesse a ricorrere se non ammettendo la ipotesi che Caio potesse ottenere la cassazione della sentenza e quindi in *modo condizionale*. Tuttavia, dato che l'annullamento della sentenza si farebbe a solo vantaggio del ricorrente, egli stesso a cautela interporrà in via subalterna ricorso per la parte sua.

d) In giudizio d'ordine per distribuzione di prezzo il creditore che ricorre in cassazione per acquistare una posizione migliore nella graduatoria già formata, deve citare, per regola, i competitori tutti sullo stesso prezzo, *ritenendo un tale giudizio come individuo*; massima che la cassazione di Torino ha sancita fra più decisioni, anche in quella del 1° luglio 1866, ricorso Oggero (*Gazz. dei Tribun.*, p. 271). Nessun dubbio che il debitore stesso non abbia un diretto interesse in questo movimento distributivo e non debba esser citato a pena di decadenza.

4. Se *la notificazione* del ricorso procede irregolarmente ed è nulla, può rinnovarsi semprechè il termine dell'articolo 518 non sia decorso, ovvero la sentenza non sia stata notificata. Questo è il solo senso che può avere l'ultimo periodo dell'articolo 525 (vedi in fine della presente sezione).

Articolo 526.

Il ricorso coi documenti annessi e coll'atto originale di notificazione è presentato alla cancelleria della corte nel termine di giorni trenta successivi alla notificazione.

Quando le persone cui fu notificato il ricorso siano più, il termine comincia a decorrere soltanto dal giorno in cui fu eseguita l'ultima notificazione.

chiamati tutti gli interessati [illegible] in giudizio e riportarono sentenza negativa della servitù, ma se io fui condannato a pagare tre mila lire a tre creditori il mio ricorso, notificato ad uno solo di essi, mi costituirà [illegible] verso gli altri due di [illegible].

(1) Benchè alcuna delle decisioni che io vengo citando siano fondate sopra codici anteriori, ho sempre cura di trascegliere quelle che si appoggiano a legislazione simile, o contengono massime di genere in ogni tempo.

Annotazioni.

Due termini abbiamo innanzi assai bene distinti: *quello in cui si eseguisce la notificazione del ricorso* (articolo 518), *quello in cui si produce in cancelleria*. Dacchè questo secondo termine decorre *dall'ultima notificazione*, ne seguita forse che il ricorso sia regolarmente notificato qualora la notificazione stessa sia seguita per alcune parti nel primo termine e per altre fuori di esso? Ossia, basterà aver cominciata la serie delle notificazioni nel termine di legge? Io ritengo che le notificazioni fatte fuori del termine siano come non eseguite. Si è fatta eccezione al caso di *oggetto individuo* (cassazione, 19 gennaio 1851, 21 e 26 luglio 1851, 10 gennaio 1856, e 28 giugno 1858). Nelle quali decisioni si dichiarava che in tal contingenza le notificazioni tardive, precedute da altre regolari, non importavano decadenza.

Articolo 527.

Il ricorso coi documenti annessi deve essere consegnato alla cancelleria della corte nelle ore in cui, a norma dei regolamenti, deve stare aperta.

Ogni consegna fatta fuori della cancelleria non è efficace.

Il termine utile per fare la consegna s'intende scaduto nel momento in cui, a norma dei regolamenti, si chiude la cancelleria della corte nell'ultimo giorno del termine, ancorchè festivo.

Il cancelliere, ricevuto il ricorso, ne fa annotazione in apposito registro, e ne rilascia dichiarazione, se richiesto.

Articolo 528.

Il ricorso è dichiarato non ammissibile:

1º Se non sia stato notificato o presentato nei termini o nelle forme stabilite;

2º Se non siano stati uniti il mandato, il certificato di deposito o il decreto di ammissione al benefizio dei poveri, la copia autentica della sentenza impugnata, e gli altri documenti necessari.

La parte, il cui ricorso fu dichiarato non ammissibile, non può riproporlo.

Annotazioni.

Questo articolo non fa che riassumere le varie obbligazioni del ricorrente, ed applicare al loro difetto la sanzione della nullità. La produzione simultanea di ogni atto o documento è severamente prescritta. L'*elenco* specifica le carte ed è una bella garanzia d'ordine. Si è veduto qualche volta mancare nella relazione dell'usciere la menzione dell'elenco, e si è creduto per lo meglio di rispondere che devesi presumer eseguita altresì la notifica di esso *quando la parte nelle sue deliberazioni se ne mostrò informata* (cassazione, 24 luglio 1850, *Gazzetta dei Tribunali*, vol. 1, pag. 449). Si è veduto per l'articolo 525 non doversi notificare col ricorso i documenti; ma la notificazione stessa *importare offerta di comunicazione delle carte descritte nell'elenco*. Tale notizia è dunque necessaria, non meno delle altre forme che in queste varie disposizioni sono imposte al ricorrente: l'*elenco* ha una funzione comunicativa che passa perciò il semplice grado di una descrizione; e appresso i combinati disposti degli articoli 523, 525, 526, 527 e 528 troverei difficile il pronunziare che il difetto dell'elenco non conduca alla *inammissibilità*.

Articolo 529.

Chi voglia unire le sue istanze a quelle del ricorrente a norma dell'art. 470, deve far notificare e presentare ricorso di adesione nei modi e nelle forme sopra stabilite.

La notificazione di questo ricorso deve farsi all'avvocato del ricorrente e

alle parti contrarie nel termine stabilito per la presentazione alla cancelleria del ricorso principale.

Il ricorso di adesione è presentato alla cancelleria nel termine di giorni venti dalla notificazione.

Annotazioni.

A proporre il *ricorso di adesione* è necessario trovarsi nelle condizioni indicate dall'articolo 470, da noi mostrate a suo luogo. Ivi si è dichiarata la differenza che nel confronto dell'articolo 471 riluce fra interesse *comune*, *indivisibile*, *essenzialmente dipendente*. Come nel primo caso l'atto favorevole e riparatore promosso da una parte abbia dalla equità della legge una estensione, una capacità di comprendere i cointeressati, semprechè questi vogliano profittarne. Lo stesso concetto torna ad apparire in questo luogo per la logica dei correlativi. A ciò i termini acquistano una latitudine. Quello che è *di presentazione* pel ricorso principale, è *di notificazione pel ricorso adesivo*, al quale, per giunta, si danno venti giorni per la presentazione. Se il ricorrente per adesione si proferisse con ragioni sue personali, indipendenti, radicalmente distinte da quelle del ricorrente principale, non potrebbe seguire questa forma, e dovrebbe far di sua tasca il deposito relativo.

I fatti giuridici sanciti negli articoli 470 e 471 sono dello stesso genere, si sviluppano dalle relazioni che noi abbiamo col diritto altrui. Tali relazioni possono anche dirsi contingenti nel primo caso e necessarie nel secondo; nelle une non si trae vantaggio senza la nostra cooperazione (appello, o ricorso adesivo), le altre operano veramente per forza loro propria. Il legislatore non fa a sua volta che obbedire a quella. *Per non spezzare se stessa contro la naturale individuità dei fatti giuridici* si è veduto quali temperamenti sono stati adottati dalla legge nei *ricorsi d'azione individua*. Ma forsechè non sarebbe anche ammesso il ricorso di adesione? *A fortiori* se è permesso nelle cause di *comunanza e consociazione d'interessi*, dev'esserlo *se gl'interessi sono identici*. È chiaro che *il ricorso adesivo dei non notificati sanerebbe il difetto* (Vedi in fine della presente sezione).

Articolo 530.

Il cancelliere della corte deve dare comunicazione delle carte e dei documenti annessi al ricorso all'avvocato ammesso a patrocinare davanti la corte, che si presenti a nome della parte cui fu il ricorso notificato, munito di mandato speciale della medesima.

Per fare l'ispezione delle carte e dei documenti in cancelleria basta la presentazione della copia del ricorso stata notificata.

Articolo 531.

La parte a cui fu notificato il ricorso può far notificare un controricorso nel termine di giorni trenta dalla scadenza di quello stabilito nell'articolo 526, e deve presentarlo alla cancelleria nei cinque giorni dalla notificazione.

Se sianvi annessi documenti, il controricorso deve averne l'elenco in fine.

Sono applicabili al controricorso le disposizioni degli art. 522, 524 e 527.

Colla presentazione del controricorso si devono restituire alla cancelleria i documenti e le carte prese in comunicazione.

La notificazione del controricorso sana le nullità di forma della notificazione del ricorso.

Annotazioni.

1. Il controricorso è *una mera facoltà*. Ma se della facoltà si usi convien farlo secondo regole prescritte, e con rito non meno rigoroso. Il controricorso mancante di alcuno de' suoi caratteri legali non sarebbe ricevuto, quantunque una espressa sanzione d'inammissibilità non esista.

La corte di cassazione di Firenze non ha

mantenuto questo rigore che altre corti tengono indispensabili. Siamo alle solite discordanze. Nel mio sommesso parere, l'art. 531 è scritto per qualche cosa.

2. Mancandosi al dovere *della restituzione dei documenti*, l'articolo 170 viene applicabile Misura di polizia interna di cui ogni autorità giudiziaria, per l'esercizio del suo ministero, deve ritenersi investita (V. l'articolo 552).

3. *L'ultimo capoverso* è fondato in quel principio per cui nacque l'articolo 190, chi comparisce in giudizio *habet se pro vocato* l'esame sulla irregolarità della notificazione non avrebbe più scopo.

Articolo 532.

Nei casi d'urgenza il presidente può abbreviare i termini stabiliti negli articoli 528 e 531

Quando il presidente abbia stabilito un termine minore di giorni venti per la presentazione del ricorso principale, il termine per la presentazione del ricorso di adesione è uguale a quello stabilito dal presidente.

Annotazioni

Nel passato sistema la sezione dei ricorsi stanziava il termine della notificazione del ricorso e della presentazione del controricorso. Il ricorrente, facendo abbreviare il proprio termine, restringe di conseguenza quello della presentazione del controricorso.

Articolo 533.

Nei dieci giorni successivi alla presentazione del controricorso, l'avvocato del ricorrente può prendere comunicazione delle carte e dei documenti annessi, dei quali deve fare la restituzione entro egual termine.

Articolo 534.

Scaduti i termini, il cancelliere presenta il ricorso, il controricorso, le carte e i documenti al primo presidente, il quale nomina un relatore.

Articolo 535.

Quando non sia stato presentato controricorso nel termine stabilito, il cancelliere, sull'istanza del ricorrente, rilascia certificato della non fatta presentazione, con annotazione da lui sottoscritta in fine del ricorso, e procede nel modo prescritto nell'articolo precedente.

Articolo 536.

La discussione della causa all'udienza ha luogo secondo l'ordine del registro indicato nell'articolo 527

Le cause urgenti sono chiamate a discussione, secondo l'ordine d'iscrizione sul ruolo d'urgenza

Tra le cause iscritte sul ruolo d'urgenza, il presidente può dare la priorità a quella che non ammetta dilazione.

Articolo 537.

Dieci giorni almeno prima dell'udienza stabilita per la discussione, il cancelliere ne dà avviso per mezzo d'usciere agli avvocati delle parti

Articolo 538.

Nell'udienza stabilita il relatore nominato fa la relazione della causa

Dopo la relazione parlano gli avvocati, e dopo di essi il ministero pubblico.

Per la polizia delle udienze si osservano le disposizioni degli art. 354 e 355.

SEZIONE III.

Delle sentenze.

Articolo 539.

La corte dopo la discussione della causa pronunzia la sentenza.

Per la deliberazione si osservano le norme stabilite dagli art. 357, 358 e 359.

Articolo 540.

La sentenza deve contenere:

1° L'indicazione del nome e cognome, della residenza, o del domicilio delle parti, e degli avvocati da cui sono rappresentate;

2° L'oggetto della domanda;

3° La menzione che il ministero pubblico ha concluso per la cassazione, o per il rigetto;

4° I motivi, i quali, nel caso di cassazione, devono indicare l'articolo di legge violato o falsamente applicato;

5° Il dispositivo,

6° L'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunziata,

7° Le sottoscrizioni di tutti i giudici che l'hanno pronunziata, e del cancelliere.

Annotazioni.

Niuna sanzione è decretata, niuna sanzione è possibile contro le trasgressioni che fossero commesse dal supremo ordine giudicante contro questo complesso di disposizioni. Eppure nulla è più costantemente regolare delle sue decisioni. Novello e gravissimo documento che non la sola disciplina delle sanzioni irritanti custodisce l'adempimento della legalità; sarà felice quel tempo in cui ai magistrati non parlerà che il linguaggio del dovere, il rispetto della legge, la moralità dell'ufficio; e che le violazioni del rito non faranno più gemere i litiganti sugli errori dei giudici

Articolo 541.

Quando la corte rigetti il ricorso, condanna il ricorrente:

Nelle spese;

Nella perdita del deposito indicato nell'articolo 521, e riserva alla parte contraria le ragioni per il risarcimento dei danni.

Articolo 542.

Quando la corte accolga il ricorso e cassi la sentenza denunziata, ordina la restituzione del deposito, e pronunci sulle spese del giudizio come di ragione.

Articolo 543.

La cassazione della sentenza importa annullamento delle sentenze e degli atti posteriori, ai quali la sentenza cassata abbia servito di base.

Se la sentenza sia cassata in alcuno dei capi, restano fermi gli altri, salvo che siano dipendenti dal capo in cui la sentenza fu cassata.

2. L'articolo 543 ci fa come balenare agli occhi gli effetti di quella rovina che è l'annullamento, indicandoci ch'*esso importa anche quello delle sentenze e degli atti posteriori*. Dietro queste parole vi è un mondo di osservazioni: noi ci limitiamo alle principali.

Rimettere le parti nello stato in cui si trovavano prima della sentenza annullata: ecco l'effetto della cassazione nella sua formola generale. Questa formola inchiude la conservazione del processo sino a quel punto. Essa però ha dei limiti. Se la sentenza è cassata *per causa di incompetenza*, comunque relativa (1), è manifesto che gli atti fatti avanti quel giudice cadono in nulla colla sentenza stessa.

Effetto adunque della cassazione è di ritornare i litiganti di pieno diritto sotto il dominio della sentenza di prima istanza, secondo la espressione del Dalloz, generalmente parlando, il complesso degli atti che s'interpongono tra l'appello e la decisione annullata restano come fondo d'istruzione al giudice di rinvio (2). *Ma resistono forse al colpo le sentenze interlocutorie o incidentali proferite nel processo di appello prima della definitiva?*

È principio di diritto giudiziario che la giurisdizione della corte suprema ha d'uopo di essere eccitata dal ricorso. *Se il ricorso non comprende quelle sentenze intermedie*, certo esse rimangono in pieno vigore. Talvolta opporranno allo stesso ricorso un ostacolo insuperabile. Vera cosa giudicata, ricoprirebbe i vizi del processo ad essa anteriori. Può accadere che una questione vertente sulla falsa applicazione di una legge diventi improponibile. La stessa sentenza interlocutoria potrebbe aver definito il punto di diritto. Si agita una questione sul diritto di accrescimento che due coeredi pretendono sulla porzione di un terzo erede mancante, e domandano al possessore la consegna della quota relativa, previa perizia, per determinare i corpi o il valore. La corte d'appello, esplicitamente o implicitamente ammettendo il diritto, ordina la perizia. Indi, compita la perizia, aggiudica i beni agli attori. Evidentemente chi non ricorre che dalla seconda sentenza, è respinto dalla cosa giudicata dall'interlocutoria con cui si fece ragione del diritto.

3. *Sentenze posteriori.*

Lasciamo pertanto i *fatti anteriori*, *le sentenze anteriori*, e non occupiamoci che *dei fatti e delle sentenze posteriori alla cassazione*. La esecuzione della sentenza non è sospesa dal ricorso (articolo 520). Essa intanto come prolifica, può generarne delle altre. Avranno la stessa sorte della sentenza da cui derivano, di quella cioè che *ha servito loro di base*.

In due modi la sentenza annullata può aver servito di base a sentenze posteriori. In quanto queste derivano da essa, si direbbe in linea retta, come forme esplicative della sentenza medesima, riguardanti la sua esecuzione, o aventi ragione di esistenza in quanto la esecuzione fu completamente consumata, e ne sorsero nuovi rapporti di diritto consacrati da altre sentenze (3). Questo bosco d'interessi è dunque abbattuto d'un colpo. Non c'è che dire, il peccato originale di cui sono viziati, condanna tutti quei giudicati, malgrado la innocenza loro personale, a perire. La sentenza annullata può *aver servito di base* ad altra sentenza, operando diversamente, cioè non per modo di generazione, come nel primo caso, ma di sostegno e di appoggio, e porgendosi quale condizione della nuova sentenza. Ciò sarebbe quando la sentenza annullata, non ancora deciso il ricorso, forte com'era della sua eseguibilità, invocata come cosa giudicata, valse a far rigettare o a far ammettere una domanda; fu causa insomma e fondamento di un giudicato.

Talvolta però la sentenza annullata potrebbe non avere esercitata sul giudicato una influenza abbastanza decisiva per trascinarlo nella sua caduta. Agendo semplicemente quale autorità morale, prodotta, per esempio, in causa consimile ma non identica, suppongo che il giudice ne abbia ricevuto una impressione che cooperò alla sua determinazione, non mancando d'altra parte argomenti per ri-

---

dine liquidazione di conti, onde la sentenza proporre in capi distinti le risultanze in quanto rispondano a titoli distinti di credito. Non è raro però che rimontando l'analisi si riscontrino alcuni dati fondamentali, dai quali discendano le operazioni successive. In altri casi le ragioni del conto, comunque originate da una sola obbligazione, procederanno distinte, e rappresenteranno altrettante serie indipendenti. Un esempio si ha nella decisione 13 agosto 1866, a mia relazione, nella causa dell'Assicurazione generale di Venezia sugli incendi contro la Demaniale.

(1) Nel commento del seguente articolo si daranno gli opportuni schiarimenti.

(2) Nel giudizio di rinvio parleremo con una certa pienezza illustrando l'articolo 546.

(3) Sentenze di vendita, di graduatoria, di distribuzione di prezzo, di aggiudicazione di fondi, indi contratti, transazioni, ecc., serie di conseguenze che non è possibile definire.

tenere che anche senza di essa avrebbe ugualmente deciso. Così la sentenza avrà o non avrà probabilità di vita secondo il grado d'influenza e di pressione che avrà subita da quella che meritò per i suoi errori di esser tolta dal mondo.

4. *Atti posteriori e conseguenti dalla sentenza annullata.*

Cadono colla sentenza tutti gli atti di esecuzione, le iscrizioni ipotecarie che si fossero prese, vanno in dileguo i titoli e le qualità che si attaccavano alla cosa giudicata, si restituiscono le somme percette, tutte le cose ritornano più o meno violentemente nello stato di prima, nello stato cioè in cui si trovavano quando si pronunciò la sentenza annullata.

5. **Questioni.** — *a)* Le somme pagate in virtù della sentenza annullata sono restituite: *che dire degli interessi?* (1).

La posizione di fatto sarebbe questa. Tizio condannato dalla sentenza d'appello a pagare duemila lire, per non soggiacere ad esecuzione pagò la somma. Più tardi la sentenza fu cassata. Egli riebbe la somma pagata, ma pretende anche gl'interessi dal giorno dell'indebito pagamento del capitale. È manifesto che una tale questione è pur essa occasionata dalla sentenza di cassazione, non riguarda però le restituzioni che ne sono la conseguenza, ma piuttosto un credito accessorio, che colui che pagò il capitale in forza della sentenza annullata avrebbe formato per tutto quel tempo in cui restò privo dell'uso della somma. Dacchè si venne esaminando questa specialità (Dalloz, cassazione, c. XIX, § 2), si osservò saggiamente ch'essa era in dominio della legge civile, come ogni altra questione d'interessi non convenuti sopra capitali che non si aveva diritto di ritenere, *e dipende dalla buona o mala fede del debitore.* La soluzione per noi sarà nell'articolo 1147 del Codice civile: « Quegli che ha « ricevuto il pagamento indebito, *se era in* « *mala fede,* è tenuto a restituire tanto il capi- « tale che i frutti dal giorno del pagamento ». Era in mala fede colui che esigeva sotto lo scudo e col prestigio di una cosa giudicata?

Qualche autore e qualche decisione francese risponde doversi ritenere in buona fede; la mala fede comincierà dalla notifica della sentenza di cassazione (Dalloz, cassazione, 20 aprile 1839). Ciò può sembrar equo per la sua mitezza, ma io temo non risponda alla nozione della buona fede. Siamo in buona fede allorchè la coscienza non ci lascia in dubbio sul nostro diritto. Si può non aver dubbio quando il diritto ci è contrastato e la lite non è ancora finita? Poteva non aver dubbio colui ch'era colpito da un ricorso in cassazione? Cosa potrebbe aggiunger di più la notifica della sentenza se chiamato a difendersi dal ricorso, o è comparso, ha conosciuto il processo dal primo all'ultimo atto, o non è comparso, deve imputare a se stesso di non averne presa cognizione?

Io dunque sono d'avviso *che chi ha pagato in forza d'una sentenza che è stata annullata, sia fondato nell'articolo 1147 del Codice civile per esigere oltre il capitale anche gli interessi* (2). Così pure risolve la sentenza della corte di Genova, 20 luglio 1857, *Gazzetta dei Tribunali,* vol. 2, pag. 688.

b) *Limitazione rispetto al terzo.*

Un terzo che ha ricevuto in buona fede in forza delle sentenze annullate un pagamento, deve restituirlo dopo la cassazione?

---

(1) A conferma della massima generale sono bene espliciti le seguenti decisioni: « Attendu que l'effet « légal et nécessaire de la cassation d'un arrêt est « d'astreindre les parties qui l'avaient obtenu à « restituer *toutes les sommes dont* en vertu du même « arrêt, *elles auraient exigé le payement* » (Cassation, arrêt 28 août 1837). « Attendu que l'effet légal et « nécessaire des annulations des arrêts et de re- « mettre les parties au même et semblable état où « elles étaient avant la prononciation de l'arrêt an- « nulé; d'où suit qu'en cassant, *la cour autorise im-* « *plicitement le demandeur qui obtient cette cassation* « *à exiger la restitution des capitaux, frais et intérêts* « par lui payés en exécution des condamnations « contre lui prononcées par l'arrêt annulé... » (Cassation, 22 janvier 1828, Dalloz, *Répert.*, v° *Cassation,* chap. XIX). È però facile a vedere che codeste decisioni non sciolgono il proposto quesito.

(2) Più avanti sembra che lo stesso Dalloz sia costretto a venire in questa conclusione. Egli dice al num. 2030: « La circonstance que le créancier, « *avant de toucher la somme,* connaissait l'existence « du pourvoi, suffirait-elle pour le constituer en « mauvaise foi? *L'affirmative nous semble devoir être* « *admise,* pourvu que cette connaissance lui soit « donnée d'une manière certaine ». Converrei che prima della introduzione del ricorso avesse potuto ricevere il pagamento di buona fede, ma questa cessa dal momento che gli è notificato il ricorso.

Aggiungo una decisione, e forse non è la sola, che va più oltre. A costituire il vincitore in mala fede crede sufficiente una riserva di ricorrere. « Attendu « qu'il est constaté, par l'arrêt attaqué, que le dé- « fendeur n'a payé que comme contraint et forcé, « et sous la réserve expresse de se pourvoir en cas- « sation. — *Que, dès lors,* s'*il a exécuté ce à ses risques* « *et périls un titre susceptible de résolution,* et dont « il était averti que le défendeur poursuivait l'anéan- « tissement par les voies du droit » (Cassation, 11 novembre 1828).

Una specie che conteneva questo problema è stata decisa ragionevolmente nel senso che il terzo non è obbligato a restituire il *danaro* o *altre cose fungibili consumate in buona fede.* Dei creditori avevano sequestrato in mano del debitore delle somme loro dovute, e furono pagati. Appresso, quella sentenza che aveva aggiudicate le somme al debitore venne cassata. Fu deciso che i creditori che avevano già riportato decreto di validità della esecuzione, essendo che il danaro fosse di proprietà del debitore, non erano tenuti a restituirlo (cassazione francese, 13 maggio 1824).

c) Ma il terzo acquisitore d'immobili è forse nella stessa condizione?

No: il principio che favorisce il terzo nel primo caso (articolo 1240 del Codice civile, Leg. 44, Dig. de condict. indeb.), non lo aiuta nel secondo, ma deve sottostare alla nota regola *resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis*, e agli effetti della condizione risolutiva (articolo 1164 del Codice civile).

Questo diciamo se la vendita dell'immobile sia volontaria. La cosa non procede altrimenti se la vendita fu forzata e per via di espropriazione. « Dans le second cas (ha detto il Dal« loz, num. 2038) celui où l'immeuble aurait « été vendu par expropriation forcée, à la re« quête des créanciers de la partie, *la solution* « *serait la même*. La partie qui obtiendrait la « cassation triompherait de l'adjudicataire, « comme elle a triomphé de l'acquereur par « vente volontaire ». Il terzo aggiudicatario non ha potuto acquistare maggiori diritti che non competessero all'espropriato.

d) Il terzo che è stato spogliato dell'immobile acquistato, ha diritto di agire per la evizione sofferta contro il creditore che ha proceduto alla espropriazione? Qual diritto d'indennità gli compete? (1).

Nessun dubbio ch'esso possa agir d'evizione *ex empto*. *Non dubitatur, et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex empto competere actionem* (L. 6, Cod. de evict.). Il Codice civile che ha ereditata questa decisione, dichiara nell'articolo 1486 l'importare della guarentigia. Il creditore che ha riportata la funesta vittoria in grado d'appello, deve forse rimborsare al deliberatario tutte le entità ivi descritte? Si è voluto introdurre una distinzione, a dire che *se l'aggiudicatario conosceva la pendenza del ricorso*, non dev'essere indennizzato che delle spese e delle somme realmente sborsate (Dalloz, cassazione, num. 2012). Dunque, secondo tale dottrina, la scienza del pericolo di evizione, il dubbio che doveva sentirne nell'animo il pubblico compratore, addosserebbe a lui stesso in parte le eventualità del giudizio, restringendo la portata della sua azione. La celebre Legge 27, Cod. de evict. non concerne veramente che gli *oneri esistenti sul fondo* e noti al compratore, e non credo sia applicabile al caso, come non lo sarebbe in fatto d'ipoteche iscritte e che il compratore non può ignorare, specialmente se tali ipoteche derivano dal venditore medesimo. « L'acquereur doit presumer (dice Trop« long) que le vendeur libérera l'immeuble en « libérant lui même. *L'obligation de garantie* « *subsistera donc dans toute son étendue* » (*De la vente*, num. 418). Tanto più dev'esser così nel caso nostro, che il supposto pericolo di evizione o non è ben noto al deliberatario, o deve parergli remotissimo in presenza del franco contegno dell'espropriante, cui non dev'esser lecito ingannare il pubblico.

e) Dovrà il deliberatario o aggiudicatario restituire i frutti? E da qual punto?

Poniam mente che il vincitore in giudizio di cassazione volendo ricuperare l'immobile dal terzo acquisitore, deve agire in via di rivendicazione, seguendo i relativi principii di diritto. Così la questione della restituzione dei frutti è sempre dominata dal principio della

(1) Io amo questa grande istituzione, ma questa resta ancora a farsi onde non riesca a quelle disastrose conseguenze che già si vengono spiegando sotto i nostri occhi! Vedete un poco quale movimento, anzi quale travasamento di diritti è possibile! Che fare e disfare! La sentenza d'appello è sempre eseguibile, si eseguisce. Sono pignorati i fondi del debitore, indi venduti. La sentenza è cassata. Bisogna restituir tutto nello stato di prima. Ma nel giudizio di rinvio si pronuncia in merito sentenza conforme, e il debitore è di nuovo condannato, e di nuovo è espropriato, e di nuovo si vendono all'asta i suoi beni. Ma si torna in cassazione, e la seconda sentenza è pure cassata. Eccoci allo stato di prima, a dovere tutto restituire per aspettare una terza sentenza d'appello, che forse sarà uguale alle altre. E siamo ancora da capo! Spettacolo desolante! Che fare? Io crederei che il dare al ricorso effetto sospensivo fosse il minor male, lasciando stare l'astrazione del rimedio straordinario. Ben inteso alla condizione che i responsi della cassazione non si facciano lungamente aspettare. La cassazione è come quelle altre macchine complicate di governo, che sono eccellenti se funzionano regolarmente e prontamente. Se i ricorsi devono stare degli anni pendenti, dubito forte se la cassazione abbia ragione di esistere. Sommati i vantaggi coi danni, temo che il risultato non sarebbe il più lusinghiero.

buona o mala fede del terzo possessore (Leg. 1, 5, 11, 13, Cod. de rei vindic.). Altro è dunque nei rapporti dei contendenti fra loro (Vedi sopra, *sulla questione degli interessi*), altro nei rapporti del rivendicante col terzo. *Quest'ultimo non sarà costituito in mala fede che dal giorno della domanda.*

f) Della ripresa della iscrizione ipotecaria.

Se la sentenza d'appello ordinò la cancellazione di un'iscrizione ipotecaria, è ben da credersi che la cancellazione sarà stata eseguita. Dopo la cassazione si ha diritto di ricostituire la ipoteca nel suo stato primiero e iscriverla di nuovo. *Rimpetto ai creditori che erano iscritti al momento della sentenza*, non c'è, a dir proprio, difficoltà. La iscrizione riprende il rango che aveva, e quei creditori non hanno a dolersene, perchè, qualunque sia il vantaggio che abbiano potuto momentaneamente ottenere per il sollievo di quella iscrizione, ciò fu per *accidens* e non per diritto loro proprio, essi già ebbero conoscenza di quella posizione di cose quando acquistarono la loro ipoteca, e non ne subiscono una deteriore. Ma il discorso non corre relativamente a quei creditori che avessero presa iscrizione nell'intervallo che è passato dalla radiazione della ipoteca alla pronuncia della cassazione. Essi si vedrebbero danneggiati in confronto della ripresa ipotecaria che verrebbe a praticare colui che fece annullare la sentenza, in virtù della quale la sua iscrizione fu cancellata. I terzi che nel certificato ipotecario non trovarono quella iscrizione sarebbero ingannati, il sistema ipotecario violato nella sua base; ciò è impossibile. Pertanto l'interesse particolare del ricorrente che vinse la prova in cassazione, e che reclama la *restitutio in integrum* in forza di una legge, viene in urto coll'interesse generale, sostenuto e difeso da un intero sistema di leggi, ond'è costretto a cedere (Dalloz, cassazione, n. 2148, Parigi, sentenza 15 aprile 1811). Io credo tuttavia che potrà riaccendere la sua iscrizione, ma non potrà primeggiare codesta categoria d'iscritti. La sentenza dichiarerà sotto qual data potrà riprendersi. Resteranno salve le azioni d'indennità contro il ricorrente.

6. *Le sentenze posteriori* che cadono virtualmente per il solo apparire della decisione suprema, si riassumono in tre classi: 1° quelle che hanno per iscopo il retto l'esecuzione della sentenza annullata, 2° che riconoscono espressamente la sentenza annullata come cosa giudicata, e ad essa informano la propria pronunzia, 3° quelle che avrebbero, in un modo qualunque, ragione di esistenza nella sentenza annullata, e sono incompatibili colla decisione suprema.

Si è parlato delle due prime. Di questa terza classe sarebbe: *a)* la sentenza che la corte o il tribunale in grado d'appello avesse pronunciata in merito pendente il ricorso interposto da un'interlocutoria; *b)* la sentenza definitiva d'appello che si fondasse sopra una sentenza pregiudiziale che è stata annullata dalla cassazione; *c)* la sentenza definitiva che sarebbe stata pronunciata sul fondamento di altra sentenza che rigettava una domanda di decadenza dal diritto d'appellare, se questa è stata cassata. Saranno sufficienti questi pochi esempi.

Soltanto resterà a sapersi se cotali sentenze che cadono per implicita conseguenza della cassazione, vengano a perdere, si direbbe, *ipso jure* ogni efficienza giuridica, o qualora una delle parti intenda valersene, abbiano pur esse ad impugnarsi per via di ricorso in cassazione. Ci riserbiamo trattarne nel commento dell'articolo 546.

Articolo 544.

Quando la corte cassi la sentenza per violazione delle norme di competenza, statuisce su questa, e rimanda la causa all'autorità competente.

Se cassi per altri motivi, rimanda la causa ad altra autorità giudiziaria uguale in grado a quella che pronunciò la sentenza cassata, e che sia più vicina alla medesima.

Il rinvio non è ordinato:

1° Quando si cassi la sentenza per il motivo che l'autorità giudiziaria non poteva pronunciare;

2° Negli altri casi determinati dalla legge.

Annotazioni.

1. La sentenza può esser cassata o *per incompetenza speciale*, o *per incompetenza generale*, alla prima specie d'incompetenza accenna l'articolo nel primo periodo, all'altra

nel seguente numero 1°. Vi ha incompetenza speciale quando l'affare appartiene bensì all'ordine giudiziario e alla sua cognizione, ma il tribunale errò o nell'attribuire a se stesso la competenza che non aveva, o nello spogliarsi di quella che aveva. Nel primo caso la corte suprema, astenendosi da ogni pronuncia sul merito del ricorso, rimette la causa all'autorità competente, nell'altro a quella stessa che si astenne dal giudicare, imponendole di rendere il suo giudizio.

2. Una volta che la questione d'incompetenza è salita alla corte regolatrice, ivi riposa e, per dir così, si consuma. Le corti e tribunali di rinvio non vi possono più nulla. In effetto la corte suprema non rinvia che la cognizione del merito all'autorità di cui essa determina indeclinabilmente la competenza. È perspicuo di conseguenza che ove ritenga non competere la cognizione dell'affare all'autorità giudiziaria, ma, per es., a un potere di altro ordine, quale sarebbe l'amministrativo, o appartenga bensì al potere giudiziario, ma non a quello dello Stato, fa cessare la questione, impone silenzio ai litiganti, e cassa *senza rinvio*.

3. Il *regolamento di competenza* e la *cassazione per incompetenza* sono due cose differenti. Il primo è nella facoltà eziandio dei tribunali ordinari. Ogni autorità superiore, bilanciando sulle autorità che si bisticciano fra loro, e vogliono essere o non essere competenti (conflitto positivo, conflitto negativo), ogni autorità superiore è giudice per regolare la competenza fra giudicanti (articolo 108). Il sistema di *regolamento* è adottato per maggior facilità e comodo dei giudici, e tuttavia è obbligatorio, date le condizioni prevedute dalla legge. In vero fra due autorità che simultaneamente negano o professano la loro competenza, può esservi nel primo caso, vi è indubbiamente nel secondo (1) motivo di cassazione, nondimeno bisogna, come dissi, seguire la via tracciata dalla legge. È però da riflettere che i tribunali ordinari decidono bensì quale fra le autorità che si contendono o rifiutano la competenza, sia competente, ma non possono uscire da quel limite, nè determinare la competenza generale: non possono dichiarare che l'autorità competente sia fuori di quelle, e ad essa rinviare la cognizione della causa. Quindi lo stesso *regolamento di competenza*, salendo all'esame della corte suprema, riceve una estensione quale conviene all'attributo di essa, la corte suprema, impadronendosi per propria facoltà della questione generale, può cassare amendue le sentenze, riconoscere che la competenza esiste in una terza autorità, e ancora che il giudizio non appartiene all'ordine giudiziario, e così pronunziare senza rinvio.

Di fatti la cognizione della competenza è di quelle di cui la corte suprema è abitualmente *investita nell'interesse dell'ordine pubblico*, e l'assume indipendentemente dalle due condizioni che per solito denno verificarsi: 1° che *il mezzo sia già stato sperimentato nel giudizio di merito, e quindi non sia nuovo*; 2° che *sia presentato ed enunciato nell'atto di ricorso*. Le condizioni sono copulative, l'una o l'altra mancando, il ricorso non sarebbe accettabile.

4. *Delle controversie d'ordine pubblico*.

La legge non dichiara espressamente che la corte di cassazione è investita della podestà di conoscere per proprio moto, alla semplice istanza del pubblico ministero, ed *ex primo* le controversie d'ordine pubblico. Per distinguer gli effetti dell'annullamento, la legge non ebbe d'uopo che di parlare dell'incompetenza, oggetto si può dire culminante in fatto d'ordine pubblico applicato al diritto giudiziario. Ma resta a vedere se sotto altro aspetto si riscontrino materie d'ordine pubblico che siano da comprendersi nella giurisdizione abituale della corte suprema. La legge ne fa tacitamente la sua girata alla scienza come bene spesso le accade.

L'*ordine pubblico*, ha detto il Carré « est « une disposition, un arrangement suivant le« quel la société est constituée avec le moyen « de se maintenir dans l'état où la constitution « l'a placée ». L'ordine pubblico è lo stato normale della società civile, al quale concorrono elementi d'ogni maniera; uno di questi grandi fattori dell'ordine è la giustizia, e la giustizia per esser bene amministrata ha bisogno di un sistema giudiziario bene ordinato e ben applicato. Ecco tutto. Ma spingendo l'argomento agli estremi, si direbbe che ogni alterazione del sistema giudiziario ripercuote sull'ordine pubblico, il che sarebbe un grande errore. Questa specie di culto superstizioso dell'interesse generale non farebbe che nuocere ai più veri e solidi interessi della giustizia privata, noi lo vediamo ogni giorno e chiamiamo un progresso piuttosto il restringere che ampliare le suscettibilità paurose dalle quali verrebbero a rampollare nullità senza fine.

È questo uno di quei temi che non si è

(1) *Può essere nel primo caso, perchè non è impossibile che amendue quelle autorità dicano il vero, di non essere competenti: ma nel conflitto positivo una di esse certamente s'inganna.*

finita ancora di studiare, in soggetto di cassazione solleva ancora molte dubbiezze. Sogliono dagli autori mescolarsi le questioni giudiziarie colle civili e bisogna cominciare dal togliere cotal confusione. In procedura la cosa è assai semplice. La legge ha divisa e le *nullità assolute* le materie, così guarentite dalla legge, sono quelle appunto che appartengono all'ordine pubblico nel punto di vista del legislatore giudiziario. Fortunatamente il loro numero è assai limitato, e generalmente bene determinato. Ma non si deve credere che tutte le nullità assolute si possano conoscere dalla corte suprema, d'ufficio, e senza essere state dedotte dal ricorso. La corte suprema si occupa d'ufficio di quelle nullità che o interessano in modo più eminente e diretto l'ordine pubblico, o riguardano i caratteri essenziali del proprio e peculiare giudizio (1). Oltre la incompetenza per ragion di materia, poniamo ad esempio, è considerabile quella nullità radicale che nasce dalla inorganica composizione dei corpi giudicanti, dal concorso di giudici che furono estranei alla discussione, della clandestinità dell'udienza, le quali e simili prevaricazioni del *diritto giudiziario fondamentale* non possono, non devono sfuggire al regolatore supremo.

Dal fondo delle leggi civili non deduciamo nullità d'ordine pubblico nel senso che la corte suprema possa recarne al proprio esame le violazioni di primo tratto, *ex novo*, e nel silenzio del ricorrente (2). È però a vedersi ulteriormente, se il ricorso potesse annunziare e rendere proponibili controversie di questo genere, quantunque o non trattate o non giudicate dalla sentenza denunciata. Noi non lo crediamo, ma giova trattenerci un poco sul grave argomento per combattere alcune pericolose dottrine.

Sia che avessero a subbietto *la realità* o *la persona*, certi diritti furono stimati contenere un interesse pubblico che al subito annunciarsi dovrebbe essere accolto in protezione dagli organi della giustizia, quasichè si trattasse di preservare la società civile da un pericolo. Tal era l'*azione* o *la eccezione del giudicato* (Dalloz, cassazione, nⁱ 1831 e 1837), ma noi abbiamo letterale la risposta nell'articolo 517, nº 8. Nell'avvicinarci della giurisprudenza si è data una vera importanza di ordine pubblico ai diritti di persone la cui incolumità parve interessare più che non convenisse il bene generale: tali per es. i comuni, gli stabilimenti pubblici, le donne maritate. Ecco ciò che dice il Dalloz, che io vengo spesso citando, come quell'autore che ha meglio studiata questa materia: « Les communes sont placés par les lois sous la tutèle « des gouvernements, *tout ce qui touche a formalités prescrites pour la conservation de leurs droits est d'ordre public* » (nº 1843). Non potendo i comuni stare in giudizio se non rappresentati dal loro sindaco e se questi non fu legalmente autorizzato, ne segue che l'inadempimento di tali formalità « a été dé« claré pouvoir être proposé comme moyen de « cassation, *bien qu'en première instance et en « appel, les parties aient gardé le silence sur « cet égard* » (ivi). La giurisprudenza francese così decide (cassazione, 19 dicembre 1831, 27 novembre 1837). Lo stesso è ritenuto rispetto agli stabilimenti pubblici (cassazione, 7 giugno 1826). Il difetto di autorizzazione della donna maritata ottenne la medesima importanza, più con minor concordia di pareri (Dalloz, nⁱ 1848 e 1849).

Teniamoci ben fermi a questo: che per noi *l'ordine pubblico è offeso da violazione del diritto quando un tale diritto sia ad esso essenziale*, in guisa che non potrebbe altrimenti consistere il normale stato giuridico: e questo interviene in supremo grado per opera del reato. In ordine alla giustizia civile, la violazione degli attributi giurisdizionali, il pervertimento delle competenze. Ma guardiamoci dall'esagerare. Guardiamoci sopratutto dalle ingiustizie. L'autorizzazione o la non autorizzazione di un sindaco, di una donna maritata, ecc., è principalmente una questione di fatto e di merito del giudizio, si doveva proporre ai giudici che potevano accogliere o rigettar l'eccezione, non potrebbe in veruna modo sostenersi devoluta una tale questione *pleno jure* alla corte di cassazione, come quella di competenza. E non sarebbe forse una vera ingiustizia, e un trattare i litiganti *ad imparia*, se si permettesse ai comuni e alle donne maritate di artificiosamente tacere della eccezione sino al ricorso ed ivi proporla *ex primo* per rovesciare tutto il processo; laddove eccezioni somiglianti e non meno rispettabili, come quella

(1) Se il ricorso non è regolarmente notificato, prodotto in tempo debito, non eseguito il deposito, ecc.

(2) Da tre sorgenti emana il nostro discorso: 1° dal *diritto giudiziario fondamentale*, e diciamo che la corte suprema può dichiarare d'ufficio la nullità; 2° dal *regolamento d'ordine* proprio e speciale della cassazione; 3° dal *fondo del diritto*, cioè dalla legge civile e dalle ragioni concernenti il merito della questione.

di un tutore non autorizzato, di un mandatario senza mandato, non potrebbero proporsi la prima volta? Rapporto alla non autorizzazione della donna maritata abbiamo una bella sentenza della cassazione subalpina del 13 luglio 1852 (*Gazzetta dei Tribunali*, v. I, p. 375). Siamo così lontani dal ritenere siffattamente privilegiati i comuni, che nell'art. 346 non si trovano mentovati contro la perpetua tradizione degli altri codici. La legge circonda di guarentigie e di difese i corpi morali, e ciò è ben sufficiente a fornirli di quella gagliarda e potente capacità onde possono lottare con qualunque avversario. Ma dopo ciò, in giudizio, tutte le parti sono uguali, nè ad una deve esser scritto un diritto migliore che all'altra.

Articolo 545.

La sentenza è pubblicata dal cancelliere non più tardi della prima udienza successiva al giorno in cui fu sottoscritta, mediante lettura delle parti di essa indicate nei numeri 1, 3, 5 e 6 dell'articolo 540.

Articolo 546.

La sentenza che cassa è per cura di una delle parti notificata all'altra.

Quando la sentenza ordina il rinvio ad altra autorità giudiziaria, la causa vi è portata a istanza di una delle parti con citazione in via sommaria.

Annotazioni.

1. La sentenza della cassazione può considerarsi avere due effetti, *giuridico* e *morale*. L'effetto giuridico è duplice: togliendo dal novero delle esistenze la sentenza riprovata, attribuisce giurisdizione ad un altro consesso giudiziario per decidere di nuovo la causa, determina i limiti della sua cognizione. L'*effetto morale* emana dalla stessa autorità morale della corte suprema per cui le sue definizioni giuridiche influiscono potentemente sul nuovo giudicato, senza imporsi però, senza privare il giudice della sua libertà. Quindi il magistrato di rinvio non riceve altra legge dalla cassazione fuor quella di rispettare i limiti che gli vengono prefissi alla estensione del giudizio (1); ma nel merito della contesa, egli può ben portare una opinione diversa da quella della corte regolatrice, e mettersi in opposizione con essa.

2. **Precedenti storici.** — Non essendo tolto all'antico consiglio reale di occuparsi anche del merito degli affari, quantunque la lite fosse di sovente rinviata ai tribunali, non si ebbe per conseguenza una prammatica certa; il regolamento del 1738 se ne rimetteva à *la prudence de M. le chancelier* (Tholosan, p. 280), che d'ordinario sceglieva il tribunale più vicino. Nacque una riforma colla legge 27 novembre 1790 (art. 21), che ordinava « qu'après « la cassation, le jugement sera porté à l'audience devant le tribunal *ordinaire qui avait* « *d'abord connu en dernier ressort* ». Fu attribuita ad un errore di redazione una disposizione che sembrò del tutto assurda, perchè commetteva agli stessi giudici il nuovo esame della causa, errore che venne rettificato col decreto 14 aprile 1791, ma dubitandosi della sua costituzionalità, le leggi del 2 brumaio, anno IV, e 27 ventoso, anno VIII, stanziarono direttamente che la causa ad altro tribunale si rinviasse (2). Ciò quanto al giudice di rinvio, sistema che fu seguito negli Stati sardi. Se non che nell'articolo 38 del regolamento per la cassazione primamente adottato, fu introdotta una clausola soverchiamente restrittiva rispetto alla trattazione del giudizio, dicendosi ivi « che la causa sarà portata all'udienza « del magistrato, tribunale o giudice cui venne « rimandata col mezzo di citazione eseguita « dalla parte più diligente, e la nuova sentenza dovrà, *senza ulteriore istruzione, es-* « *sere proferita in via sommaria sull'esame* « *degli atti che precedettero la decisione an-* « *nullata, e di quelli fattisi avanti la cassa-* « *zione, ammesse le sole arringhe* ».

3. *Della portata e limite del giudizio di rinvio.*

Il giudizio, che per decreto della corte di

---

(1) Tutto ciò di fatto che riguarda la competenza è autonomo: è imperativo, categorico, per usar questa frase, nella corte suprema, e s'impone senza replica a tutta la magistratura giudicante.

(2) Quantunque non occorra al nostro scopo, limitato a qualche appunto storico per aver presente l'origine della istituzione, ricordo solo per esattezza che il sistema di rinvio era diverso, non essendo allora necessario al ricorso in cassazione una sentenza d'appello.

cassazione va a rimuovere, ha per suo vero e proprio fondamento *l'atto di appello*, ove però le deduzioni in esso e nelle successive conclusioni spiegate, non siano state, *quanto all'oggetto*, limitate dalla decisione suprema. E si comprova anche da ciò, che il processo (eccettochè non si tratti di cassazione per incompetenza) resta in tutto com'era, se non che resta, come si direbbe, acefalo, mutilato della sentenza in cui si terminava. Si deve adunque rifare il capo a questo processo, ma essendo tanto matura la causa, la legge ordina che si riassuma con una *citazione sommaria*.

E invero il giudizio può sempre riassumersi da quel punto, mentre niuno elemento sostanziale può mancarsi dacchè il processo fu portato al suo compimento. Se nel processo stesso s'introdussero errori, la cassazione gli ha colpiti nella sentenza, perchè la sentenza avrebbe dovuto farne ragione, non approvarli, non farsene appoggio. Ancorchè la cassazione sia penetrata (per così esprimermi) nelle viscere del processo, dichiarando il *travisamento*, al giudice di rinvio non ha che a rivedere per conto proprio la posizione del fatto, e formandosene una idea più esatta, giudicarne. Ma queste, per ciò che ora verremo esponendo, devono aversi come semplici osservazioni generali, a giustificare la formola riassuntiva.

O ragionevole imitazione che sia stata dei metodi francesi e napoletani, o sforzo della giurisprudenza che ogni giorno sente lo stimolo della ragione pratica che la spinge a progredire, senza aiuto della legge letterale, si è venuti quietamente al punto, non dovere il nuovo giudizio chiudere le porte a nuove istanze e deduzioni, poichè una volta che si deve riassumere, merita conto che si perfezioni anche dal lato della verità. Ciò che in ordine al fatto o al diritto fu soggetto della cassazione, ritorna in problema, ricade nell'esame del magistrato che in ogni parte, nei limiti del rinvio, è surrogato a quello la cui sentenza fu annullata. Giusto è adunque lasciar libera la parola ai contendenti. Ma ci rimangono a sciogliere alcuni dubbi di gran momento.

a) Se sia lecito nel giudizio di rinvio cangiare le conclusioni già prese e fare domande nuove.

b) Se il tenore della sentenza di cassazione conduca talvolta e di necessità a tale conseguenza.

c) Se il giudice di rinvio possa ordinare una nuova istruzione, se incidenti possano promuoversi e nuovi documenti prodursi.

d) Se il giudice di rinvio, postochè non sia stata cassata che una sentenza interlocutoria, si ritenga investito di tutta la lite.

e) Se al giudice di rinvio spetti lo interpretare la sentenza di cassazione.

f) Se al giudice di rinvio sia competente per risolvere le questioni che nascono relativamente agli atti di esecuzione e ai giudicati che hanno causa nella sentenza annullata.

g) Se il giudice di rinvio sia competente a conoscere delle appartenenze sopraggiunte dopo il giudicato che fu colpito dalla cassazione.

Non bisogna perder di vista che si tratta di un processo condotto al suo termine, e il processo non deve rifarsi. Si oltrepassò dunque quello stadio in cui il punto di questione è interamente concordato e diviene immutabile (articoli 176, 390, 400). Ciò non impedisce alle parti di esibire memorie o deduzioni ulteriori, che senza mutare lo stato della questione obbiettiva, possono eziandio richiamare l'attenzione dei giudici sopra il nuovo aspetto che il diritto viene ad assumere dalla sentenza della cassazione.

Per certo la situazione giudiziaria potrà essere spostata, userò questa frase, da una decisione della corte suprema che renda impossibile a taluno dei litiganti il persistere nelle anteriori conclusioni, e costringa a cangiarle. Darò un esempio. Pietro domandò con azione rivendicatoria la restituzione di un fondo da Paolo. Questi si difese costantemente, allegando la eccezione della cosa giudicata. La corte d'appello gli diede ragione. La sentenza fu cassata perchè non si verificavano gli estremi della cosa giudicata. Nel giudizio di rinvio Paolo si vede costretto di ricorrere ad altra difesa. Egli, suppongo, dirà che Pietro ha stipulato un patto *de non petendo*, che gli ha garantito il godimento del fondo in forza di corrispettivi che ha avuti, e produrrà documenti per dimostrarlo. Ecco invero un nuovo sistema di difesa, conclusioni nuove, ed anche documenti nuovi, quasi sfidando le disposizioni di legge surricordate. Ma caduto dal mezzo in cui aveva principalmente sperato, senza valersi di mezzi subordinati, come avrebbe potuto fare, niuno dirà che nel nuovo giudizio debba lasciarsi condannare senza difesa.

I quesiti c) e d) si collegano strettamente. Non vi è nulla di più comune dell'annullamento di una sentenza interlocutoria. Questione se il magistrato di rinvio sia investito anche della cognizione del merito. La corte di cassazione gli rimanda il giudizio *che sarà di ragione*. Essa ha d'uopo di una formola sobria insieme e comprensiva, a dir proprio di una formola generale per tutti i casi. Se per-

tanto *era di ragione* che il magistrato di rinvio giudichi definitivamente la lite, la formula gli concede questa facoltà. E come può essere altrimenti? Se il magistrato, la cui interlocutoria sentenza è stata cassata, non può riassumerne l'esame che ad altro magistrato è demandato, evidentemente non può del merito giudicare, ripugnando che si possa avere e non avere nello stesso tempo giurisdizione a decidere una lite, la quale adunque interamente devolve al giudice di rinvio (corte di Nizza, 7 marzo 1856, Bettini, t. i, pag. 298; di Torino, 18 novembre 1858, *Gazzetta dei Tribunali*, pag. 418; 24 novembre 1858, Bettini, tom. i, pag. 730) (1).

Fermiamo adunque questo postulato — che il giudice di rinvio, a cui è rimessa la causa dalla cassazione dopo l'annullamento di una sentenza interlocutoria, è investito di tutta la causa per pronunciare anche sentenza definitiva — a termini di ragione.

La stessa conclusione deve adottarsi nella ipotesi che sia stata annullata una sentenza conclusionale: il magistrato che la pronunciò non ha più giurisdizione, ha detto benissimo il Pisanelli nel *Commentario al Codice sardo* (vol. iv, n. 1012 e seg.), *sono poteri inseparabili* — non si può avere giurisdizione per l'incidente, e non per la questione principale, eccettochè non sia necessario limitarsi alla decisione dell'incidente. Mi affretto a dichiarare la proposizione.

Se in appello non fu portata che la questione incidentale, se l'appellante si limitò a chiedere la riforma dell'interlocutoria, se infine il secondo giudice non fu investito della cognizione del merito, ovvero si trova, il che per l'effetto torna lo stesso, che il secondo giudice deve restringersi alla cognizione dell'interlocutoria per non far perdere al soccombente un grado di giurisdizione, in simili contingenze il giudice di rinvio, surrogato al magistrato che commise il fallo, dovrà egli pure rispettar questo limite, e nasce allora una posizione di cose un poco illogica, ma che è la conseguenza del sistema.

Se il giudice di rinvio riforma (ripara, come ora si dice) l'interlocutorio, la causa riprende il suo corso naturale, rinviene al giudice di prima istanza per la decisione di fondo, passa indi in grado d'appello a quel magistrato la cui sentenza interlocutoria fu censurata. È questo un caso che si direbbe di limitazione forzata alla proposizione generale che sopra si è posta, che il magistrato censurato nell'interlocutorio ripigli autorità per la decisione del merito; ma in fatto si è, che il giudice di rinvio ebbe già esaurita la sua giurisdizione, e quindi non si può tornare a lui, e d'altra parte può dirsi che viene ad instaurarsi un del tutto nuovo giudizio.

Ma dato che il giudice di rinvio sia investito anche della cognizione del merito, si risolve facilmente il quesito se possa *ordinare nuova istruzione* (cassazione, 19 febbraio 1858, Bettini, tom. i, pag. 207), mentre la causa è immatura, mentre nuove prove o di giuramento o d'altro possono abbisognare, e quindi è ovvio che nuovi documenti possono prodursi (corte di Genova, 31 gennaio 1859, *Gazzetta dei Giuristi*, tom. vi, pag. 302).

La *interpretazione* della sentenza della cassazione non può esser sottratta alla corte o tribunale di rinvio: principio generale, ogni giudice interpreta, vale a dire scruta ed estima i placiti supremi cui deve uniformarsi, altrimenti che sarebbe l'ufficio suo? Se per disavventura, male intendendo le facoltà che gli sono attribuite, cadesse in errore, anche la sua decisione sarà cassata. Ecco il circolo perpetuo in cui ci aggiriamo.

Osservando d'un tratto i quesiti *f*) e *g*), dico che tutte le controversie di quel genere devolvono al giudice di rinvio. È il solo giudice possibile. La corte d'appello rimase esautorata. Conservando sempre tali questioni un carattere accessorio e incidentale, devono appoggiarsi al magistrato investito della cognizione di fondo, ebbene, esso è il giudice di rinvio che emerge, a dir così, dalla ruina del giudicato e riassume cogli antichi i nuovi poteri creati dalla situazione che è venuta a formarsi dopo la cassazione. È letterale l'articolo 571 del capoverso 1°. In questo senso abbiamo alcune decisioni oltre le due sopra citate, corte suprema di Napoli (22 giugno 1867, Albanesi, t. vi, p. 276; 11 settembre 1852, ivi, t. x, pag. 318), cassazione, 24 novembre 1858,

(1) Vengo citando queste e qualche altra decisione per ciò che si può essere di relativo a questa massima, che però io esamino razionalmente e come la legge ordina, e in gran parte trovo consenziente l'illustre Pisanelli nel Comment., tom. iv, cap. viii. La materia è poco trattata teoricamente, e lo stesso Tallez a questo punto sembra venir meno alla sua solita fecondità ed abbondanza.

Possono però vedersi in proposito le sentenze del 14 gennaio 1866 della cassazione di Napoli (Annali di giurisprudenza, vol. i, part. i, pag. 21), della corte d'appello di Torino del 27 dicembre 1867 (ivi, part. ii, pag. 415), della corte di Perugia del 29 agosto 1867 (ivi, part. ii, pag. 234).

Bettini, part. I, pag. 739, 3 giugno 1856, ivi, p. 591) (1). Similmente il giudice di rinvio è il solo competente per decidere le sopravvenienze prodotte dal tempo, che aumentano o forse anche riducono i termini della questione agitata in prima istanza. Ad esempio, se ulteriori scadenze di frutti si fossero verificate, se innovazioni dannose praticate, e via discorrendo.

Qui voglio avvertire che la stessa sentenza, divisa però in capi indipendenti, può riuscire a giurisdizioni al tutto diverse da quelle che per legge normale sarebbero ordinate, se non ci fosse stato di mezzo il peccato a guastare l'opera della legge e a produrre una situazione artificiale, suppletiva, e con precisione di termini, riparatoria.

La sentenza che si divide, per esempio, in due capi indipendenti; per quello che rimase fermo, segue l'ordinario suo corso esecutivo: il tribunale o la corte che la pronunciò, risolve, come sia diritto, le questioni di esecuzione, ma rapporto al capo annullato altri giudici subentrano. Ben vedete che non si tratta più di far procedere la esecuzione, ma di troncarla e distruggerla nei suoi effetti, si tratta di restituzione, di reintegrazione, di emenda, di danni, si va insomma nel senso del tutto opposto. Si è già detto che questo stato di cose è portato alla cognizione del giudice di rinvio.

4. *In quanto la precedente procedura si debba o no considerare per escludere il diritto di contumacia e la deserzione d'appello.*

Il citato che non comparisce sulla nuova citazione in grado di rinvio, sarà trattato come contumace?

È grave motivo di dubbio ch'esso, in ipotesi, comparve nell'anteriore giudizio, contestò la lite, esercitò ampiamente il diritto di difesa. L'attuale questione non si discute forse sullo stesso processo? Si è già veduto che per vari rispetti il giudizio di rinvio non è che una prosecuzione del precedente.

E se il citato fosse rimasto contumace nell'anteriore giudizio, la sua contumacia sarebbe stata dichiarata, le formalità che l'accompagnano sarebbero state praticate; come adunque la contumacia dovrebbe pronunciarsi di nuovo?

A cotali argomenti, che mi fecero dapprima molta forza nell'animo, si risponde, sembrami giustamente, che la presenza o assenza da un giudizio è un fatto che si verifica *actu*, cioè *in quella sede in cui si tratta la causa*, che rapporto all'unità o conformità delle prove, e alla identità della questione, il processo può dirsi continuativo, ma la sede, diversa essendo l'autorità giudiziaria, è certamente diversa, che avviene egualmente in sede d'appello, benché il processo sia quello stesso e non si ammettano *nuove domande* (mentre più amplo è il giudizio di rinvio), chi comparve in prima istanza può rendersi contumace in appello. Ne segue che, dato pure che si fosse dichiarata e consumata la contumacia nel giudizio ordinario, d'uopo è dichiararla di nuovo, se abbia luogo in sede di rinvio (2).

Credo di avere avvertito a suo luogo che la parola *deserzione* non si legge più nel Codice di procedura. In effetto però mancherebbe *deserto vadimonium deserere*, abbandonerebbe l'appello chi dopo aver citato non recasse negli atti la citazione, non costituisse procuratore, o non esibisse gli atti del primo giudizio secondo l'articolo 189. La legge, così eccessivamente sobria nel tracciare questo procedimento, non ripete, non reimpone veruna di quelle discipline, si può tuttavia ritenere che, mancando a tali doveri, propri di colui che si fa attore in un giudizio, dovrebbe questo cadere. Ma ciò che importa stabilire, ciò che può avere una seria importanza nel caso pratico, egli è, se l'effetto delle avvisate mancanze sia quello precisamente sancito dall'articolo 189, cioè la *reiezione dell'appello*. E io non converrei coll'illustre Pisanelli (*Commentario al Codice sardo*, vol. IV, n. 1014, 1015) nel concludere la *deserzione d'appello*, non potrei veramente trasportare una disposizione così severa, e non priva di carattere di penalità, dal luogo ove giace, ad un istituto diverso, là dove non se ne fa menzione, e in combinazioni giudiziarie, sotto questo rispetto, affatto dissimili. Io dunque opino che sino alla perenzione il giudizio di rinvio possa dall'una o dall'altra parte riassumersi, che non producendosi gli atti del giudizio da una possono presentarsi dall'altra, compulsarsi ove occorra; ma non comprendo la *deserzione d'appello*.

Se cassata una sentenza si possa ricorrere di nuovo in cassazione contro la sentenza del giudice di rinvio che si è uniformata alla giurisprudenza della corte suprema.

(Tolto dalla 1ª edizione).

I

Questo grave problema non avendo meritato in verun tempo l'attenzione dei legisla-

(1) La materia è stata trattata nelle Annotazioni all'articolo 545.

(2) Può avvertirsi come argomento a contrario l'articolo 472.

tori che prescrissero norme all'istituto della cassazione, dopo una lunga serie di anni ci travaglia senza avere ancora trovato il suo punto di riposo, la sua soluzione.

È una ricerca che, come quella del trattamento, si dirige a ciò che vi ha di più essenziale nella istituzione, si aggira sull'indole dei poteri della corte suprema e sull'ampiezza della sua giurisdizione. E l'interesse si aumenta coll'avvertire che la questione si mostra ugualmente nei giudizi civili e nei penali, che in questa parte si reggono collo stesso principio.

Prima del 1829 la giurisprudenza francese di tratto in tratto si era venuta manifestando favorevole al principio della libertà del secondo ricorso con poche variazioni. In quell'epoca la disputa parve ingrossarsi per maggior forza di discussione e più profondo esame. La corte di assise della Senna inferiore giudicando di un reato di falso contro il medico R., stimò non essere applicabile al caso la pena che la legge infligge a coloro che fanno certificati falsi nell'esercizio delle proprie funzioni (sentenza 26 febbraio 1829) (1). La corte di cassazione, sopra istanza del pubblico ministero, annullò la sentenza con decisione del giorno 10 aprile dello stesso anno, trovando che il falso era caduto in documento pubblico. La corte di rinvio si uniformò a questa dottrina (sentenza del 13 giugno 1829). Promosse ricorso a sua volta il condannato, e il dubbio della ricevibilità del ricorso fu sollevato e sciolto in senso affermativo dal procuratore Mangin. La corte di cassazione, aderendo alle conclusioni, accettò il ricorso, indi reietto per ragioni di merito (sentenza del 16 luglio 1829).

Nel 17 gennaio 1835 la corte di cassazione, pronunciando ancora in soggetto penale, dichiarava irricevibile il ricorso del condannato P., come quello che era fondato sopra un mezzo altra volta rifiutato dalla corte suprema e diretto contro la sentenza della corte di rinvio che aveva adottati i principii della cassazione medesima. Verificavasi in questa specie una circostanza che forse influì nella determinazione della corte suprema. Lo stesso P., a quanto pare, aveva riprodotto lo stesso mezzo altra volta respinto, come notai. Ritengo che una tale circostanza non fosse senza valore, se anco non vuol dirsi decisiva, presso la corte suprema, mentre in altri casi si è tenuto in conto la differenza che passa fra la riproduzione dello stesso ricorso mediante atto della stessa persona, del ricorrente, e la ripetizione dello stesso mezzo in senso opposto tentata dalla parte contraria.

Le osservazioni critiche del Villeneuve a quella decisione, da lui pubblicata, attestano che tale giurisprudenza non era l'eco della pubblica opinione in Francia.

Che anzi a tale apparizione parvero compresi da una specie di sacro sgomento gli uomini più eccelsi della magistratura, imperocchè presentandosi pochi giorni dopo la stessa questione al giudizio della corte suprema, scese in campo il procuratore generale Dupin propugnando col solito apparato e colla solita eloquenza la libertà del ricorso.

La storia è questa. Nel 5 settembre 1834 la cassazione, sezione criminale, per ricorso del procuratore generale della corte di Nancy, annullò sentenza di quella corte che aveva assolta la Z. dall'accusa di soppressione d'infante, rimettendo la causa ad altra corte d'assise per l'applicazione della pena.

La corte di rinvio, fedele alla dottrina della cassazione, condannò la Z.

Costei ricorse a sua volta alla cassazione, combattendo i motivi che nella decisione della stessa corte suprema avevano trionfato. Dupin sosteneva che il ricorso doveva essere ricevuto ed esaminato.

La corte di cassazione, nella sua decisione del 21 febbraio 1835, si esprime: « Attendu « que aucune disposition législative ne s'op- « pose à ce qu'une partie qui a figuré dans « un précédent pourvoi comme *défenderesse*, « se présente ensuite comme *demanderesse*, « contre l'arrêt intervenu par suite de l'arrêt « de cassation rendu sur le pourvoi de l'autre « partie, et que cette hypothèse n'est pas celle « prévue par l'art. 440 du Code d'instruction « criminelle, *il en suit que le pourvoi de Z. est* « *recevable* » (2).

D'allora in poi sembra fissata la giurisprudenza in Francia. Sentiamo Dalloz, *Cassation*, num. 2228: « Si la cour de renvoi se conforme « à la doctrine de la cour de cassation, sa dé- « *cision pourra de la part du* DEMANDEUR *ori-* « *ginaire devenir à son tour l'objet d'un pour-* « *voi, sans qu'il soit possible d'y opposer l'ex-* « *ception de la chose jugée. Si au contraire elle* « *se prononce dans un sens opposé, c'est le* « DEMANDEUR *qui aura le droit de former un se-* « *cond pourvoi en cassation* ».

(1) Debbo in gran parte queste notizie al mio dottissimo collega commendatore Lanteri.

(2) Le conclusioni di Dupin si trovano nella *Pasicrisie franç.*, sotto la data del 21 febbraio 1835.

II.

Era nel regno dei Paesi Bassi una legge di Guglielmo d'Orange Nassau (art. 46) la quale voleva che le decisioni della cassazione avessero forza di cosa giudicata sul punto di diritto da essa risolto.

Facendo ancora parte di quel regno il Belgio nel 1820, nel 21 novembre di quell'anno la corte d'appello di Bruxelles (camera di cassazione) proclamava come un principio l'unità del ricorso sullo stesso soggetto, ma il suo giudizio serviva all'impero della indicata legge.

Nel 1836, divenuto il Belgio indipendente e giudicante colle proprie leggi (del 1832), si riscontrano in materia due decisioni (penali) di quella cassazione (13 agosto e 23 ottobre 1836) a classi riunite.

Nel 1838 *D.* ricorse (in causa civile) a quella corte suprema da una sentenza che venne cassata: alla dottrina della cassazione fu ligia la corte di rinvio. Nuovo ricorso dell'altra parte. La corte suprema, convocata a classi riunite, nel 30 luglio 1840 pronunciò una decisione nella quale dichiarò la propria incompetenza, rimettendo la causa alla sezione civile. « Attendu que... le second jugement est atta« qué par les mêmes moyens que le premier; « attendu *qu'on a toujours distingué les mo« yens du demandeur des moyens du défen« deur*, que ces moyens traitent bien les mê« mes questions, mais qu'ils les traitent en « sens invers; que les moyens du demandeur « forment les moyens d'attaque, tandisque « ceux du défendeur forment les moyens de « defense, que ces moyens sont opposés et « contraires les uns aux autres; que par suite « la logique ne permet pas de les confondre, « ni d'en faire des moyens identiques ». Aggiungevasi che vi erano anche mezzi nuovi e diversi dai primi.

Portata la questione alla sezione civile, l'avvocato generale sostenne la *irricevibilità del ricorso*, e tra gli altri argomenti è notevole questo: essere lì punto in sapere, non se esistesse cosa giudicata nella sentenza della cassazione, chè ben si riconosceva non esistere, ma se il secondo ricorso fosse ricevibile dacchè la corte di rinvio si era messa al tutto d'accordo colla dottrina, in virtù della quale la prima sentenza era stata annullata. E argomentando in senso contrario della legge francese del 1790, sosteneva il signor avvocato generale, che sarebbe stato d'uopo d'*una legge speciale* che autorizzasse l'introduzione di un secondo ricorso. All'obbietto che le parti sarìano così trattate inegualmente, rispondeva *tout simplement* il signor avvocato generale, che l'istituto della cassazione è organato nell'interesse pubblico, anzichè nel privato. La corte suprema adottò questa dottrina, si astenne dall'esaminare il mezzo riproposto; esaminò gli altri rigettandoli.

Decisione consimile pronunciò la cassazione belgica, sezione civile, nel 7 agosto 1845; « Attendu *qu'il est certain que le recours en « cassation ne peut être autorisé contre l'arrêt « d'une cour d'appel qui saisie après une pre« mière cassation, a adopté purement et sim« plement la doctrine consacrée par l'arrêt de « cassation*, au moins lorsque devant la cour « de renvoi d'autres questions que celles qui « avaient fait l'objet du premier pourvoi ont « été élevées et jugées un second pourvoi est « recevables, *mais en tant seulement qu'il porte « sur ces nouvelles questions*, ecc. ».

Quegli annali (1) ci recano una decisione dell'11 agosto 1851, notevole per novella consacrazione del principio che *le sentenze della corte di cassazione*, non conoscendo del merito, *non costituiscono cosa giudicata*. Un'amministrazione pubblica aveva ottenuto l'annullamento di una sentenza contro la banca nazionale. Non avendo la corte di rinvio seguite le pedate della cassazione, di nuovo ricorre l'amministrazione, ma perde definitivamente la partita, e si vede questo fenomeno, che la corte suprema non percuote questa volta la sentenza denunciata, ma al secondo esame la lascia sussistere benchè avversa alla propria decisione.

Ma fra breve la massima è cangiata. Nel 5 novembre 1851 fu dichiarato in termini *non recevable le pourvoi contre un jugement qui après une première cassation se borne à adopter la doctrine consacrée par l'arrêt de cassation* (Ch. crim.).

Nel 24 ottobre 1856, nel 5 gennaio 1857, decisioni che confermano questo principio.

III.

Non è in codeste illustri pagine della storia della magistratura suprema che si possono attingere i migliori argomenti per sostenere che essa adempie al proprio ufficio di custodire l'unità della giurisprudenza.

Di ciò ha lode la cassazione subalpina ch'è stata sempre fedele al principio della *irricevibilità del ricorso*, quando il magistrato di rinvio si attenne precisamente alla dottrina pro-

(1) *Pasicrisie belg.*

alla propria sentenza, e non potrebbe proferirne una diversa, tale essendo la forza della cosa giudicata che limita la giurisdizione e l'esame di quel magistrato medesimo che la pronunciò.

E qui si può trarre argomento dallo stesso articolo 547, la cui analogia ho veduto poco felicemente invocarsi in qualche decisione.

Quando le corti di merito si mostrano costantemente avverse alle vedute giuridiche della corte suprema, si sente la grande necessità di cessare quest'altalena e chiudere il circolo vizioso nel quale vanno e vengono massime e pronunciamenti opposti, dalla cassazione alle corti di merito, e viceversa, quasi a modo di sfida. Il notammo disposto dell'articolo 547 provvede a questa necessità.

Era del massimo interesse stabilire alla flagrante *difformità* della giurisprudenza sul medesimo punto di diritto, nella medesima causa, un principio regolatore, scongiurare il pericolo dell'anarchia. Ho già ricordato nel commento che in tempi meno recenti e meno temperati a libertà, il governo era chiamato a decider la lite. Questa condizione di cose non ha niente di comune coll'altra nella quale, invece di sentenze *difformi*, abbiamo *conformi* le decisioni della corte suprema e della corte di merito. In quest'ultimo caso un ricorso, per quanto fosse *ricevibile*, calcato sugli stessi mezzi altra volta tentati e respinti aveva sì poca speranza di miglior fortuna, che pareva più che altro una novità. In ogni modo, come or ora dovrò ripetere, dipende dalla stessa corte di cassazione rivendicare i propri principii, e imporre all'ostinato litigio perpetuo silenzio.

Quando la libertà diventa pericolosa, solo rimedio è ristabilire il principio d'autorità. Ecco quello che conveniva fare in tale divergenza, e niun dubbio che l'impero del diritto appartiene alla corte suprema rispetto a quelle magistrature che ne ricevono gl'insegnamenti. Si fu quindi nella dura necessità *di privare di libertà* la corte di rinvio alla quale si rimetteva da ultimo il giudizio, costretta a fare ossequio alla dottrina della corte suprema, non può che adattarne le conseguenze all'interesse delle parti. Ma la corte suprema *è forse essa medesima priva di libertà?* Giudicando a classi riunite, e costituita come un corpo giudicante al tutto nuovo e diverso dalla sezione civile, non potrebbe pur anco la corte suprema dar ragione alle corti di merito, e ripudiare la dottrina della sezione civile?

Ma qual dubbio! Le parti si difendono, la discussione si rinnova, il ricorso potrebbe rigettarsi, e la sentenza annullarsi *per altri motivi*, e allora il giudizio si ripiglia in condizioni d'indipendenza, e torna a fare il suo giro.

Tutto ciò nel caso di *difformità*, ora quale argomento può dedursi, esistendo invece concordia e conformità di giudizi?

Uno solo: che la corte di cassazione rimane *libera di respingere il ricorso*, confermando i propri principii: o può anche modificarli, ed ammetter il ricorso, malgrado il suo primo avviso, malgrado la docilità della corte di rinvio. Ne abbiamo veduto di sopra l'esempio in una decisione della corte suprema del Belgio. Caso strano, ma possibile: facoltà da non potersi escludere per forza di diritto positivo (1) dagli attributi della corte di cassazione.

Per contrario il sistema della *irricevibilità del ricorso* non solo toglie alla parte un diritto che la legge permette, ma col vietare alla cassazione l'esame dei mezzi paralizza la sua libertà d'azione.

Ma si crede non poter servire altrimenti a *quel grande principio dell'unità* che è il sommo oggetto della istituzione?

L'unità della giurisprudenza è un bene: non può negarsi neppure da quei valenti che propugnano la *terza istanza*, i quali però non ammettono che questo fine si raggiunga per mezzo della cassazione. Io rinnovo le mie proteste che, ragionando sotto il punto di vista della cassazione, non faccio polemiche di diritto costituendo, e non giudico della bontà rispettiva delle istituzioni. Mi restringo a dire, che l'*unità* che si ha in vista è quella sola che è possibile nelle cose umane e in ordine ai fatti morali: quella però che non potrebbe raggiungersi allo stesso grado con altri sistemi. Ecco tutto. Unità non meccanica, ma derivante dalla uniformità dei concetti sopra un dato punto di disputazione giuridica, formantisi e viventi nell'atmosfera feconda della libertà, l'unità è la risultante dell'esercizio saggio e ponderato della libertà, l'unità della giurisprudenza è moralmente autorevole per questo che si compone di atti singolarmente liberi ed elettivi, e non procede dall'imitazione di se stessi, e dalla inerte contemplazione dell'autorità propria.

Se il discorso risente del cattedratico, mi sia perdonato; dichiaro che son ben lontano dal voler dar lezioni a chicchessia. Pertanto non dobbiamo troppo vagheggiare l'unità nel

(1) Non trovandosi legge contraria.

particolari, nè mai a spese della libertà (1) Del resto, nulla è più conciliabile della *libertà* e dell'*unità*, dove si abbia una sentenza della corte di rinvio conforme a quella della cassazione. Non dipende forse dalla stessa corte di cassazione mantenere la propria giurisprudenza, respingendo il ricorso? E questo risponde anche all'argomento dell'*economia dei giudizi*. Ma non deve la corte di cassazione imporre a se stessa il vincolo, la legge di non poter cangiare opinione.

Dal lato dell'attore nel nuovo ricorso può accadere che o debolmente si difendesse nel primo cimento, o non si difendesse affatto confidando nelle ragioni esposte nella sentenza a lui favorevole; e venga poi a spiegare nel secondo cimento tutta la forza delle sue argomentazioni.

Concludo, che nel mio modo di vedere non avvi ostacolo perentorio perchè non sia ammissibile nella stessa causa e sugli stessi mezzi un secondo ricorso in cassazione da colui che avendo perduto in qualità di convenuto, a sua volta perdente nel giudizio di merito, riproduce la questione in qualità d'istante o di attore.

Ma quella stessa persona che sostenne attore il ricorso, può forse ripetere la stessa domanda?

Ecco una questione diversa, dominata, come appare, da un altro principio. È regola di diritto giudiziario che una volta sperimentato un dato mezzo d'impugnazione contro una sentenza, non possa ritentarsi e assumersi di nuovo dalla parte stessa (*non bis in idem*) (2); mentre in questo caso (se pure è caso possibile la sentenza confermatoria non sarebbe altro che la prima sentenza, fortificata di autorità e di ragioni, onde ritengo doversi adottare la distinzione che *emmet* nella dottrina francese, *an eadem vel alia persona*, sia quella che promuove il ricorso ed essendo la stessa, la formola del rigetto sarebbe puramente quella della *irricevibilità*.

Articolo 547.

Quando dopo la cassazione di una prima sentenza, la seconda, pronunziata dall'autorità a cui fu rinviata la causa tra le stesse parti che agiscono nella stessa qualità, sia impugnata per gli stessi motivi proposti contro la prima, la corte pronunzia a sezioni riunite

Se la seconda sentenza sia cassata per gli stessi motivi per cui fu cassata la prima, l'autorità giudiziaria a cui è rinviata la causa deve conformarsi alla decisione della corte di cassazione sul punto di diritto sul quale essa ha pronunciato.

Annotazioni.

Precedenti storici. — Il sistema della libertà delle corti di merito, non raffrenata che da una riprensione morale, non si è potuto a lungo conservare le liti devono finire. Ma quale autorità dovrebbe sorgere ed imporsi al dissidio? Il quesito d'identità, posto precisamente nei termini del nostro articolo, fu, come è noto, variamente risolto. Stanziò la legge francese del 27 novembre 1799, che dopo due decisioni della corte suprema, concordi nei cassare sentenze successivamente conformi di due magistrati di merito nella stessa causa, alla terza sentenza la cassazione dovesse tacersi, il punto di diritto dovrebbe sottoporsi al corpo legislativo, al cui placito avrebbe dovuto uniformarsi la stessa corte di cassazione. La costituzione del 5 fruttidoro, anno III, articolo 256, adottando lo stesso sistema, trovò sufficiente la pronuncia di una sola sentenza opposta in principio a quella della corte di cassazione. L'articolo 78 della legge del 27 ventoso, anno VIII, deviando dalla interposizione del governo, dichiarò che dopo l'annullamento di una sentenza, impugnandosi una seconda cogli stessi mezzi, si avesse a tornare alla corte di cassazione, che giudicava *a sezioni riunite*. Fu detto che quella legge non conchiuderebbe a nulla, non sapendosi se tale decisione, comunque tanto solenne, fosse terminativa della lite. Piacque il sostenere che non era terminativa, e nuove riforme inaugurava la legge 16 settembre 1807. L'annullamento

(1) Finchè i giudizi sono pendenti, è sempre il principio di libertà che prevale. L'unità rimane nel suo grado di *scopo generale*, che, ottenuto a spese della libertà, lo sarebbe *a spese della giustizia*.

(2) Non si appella due volte, nè due volte si propone la opposizione contumaciale, nè due volte istanza di rivocazione, dopo il giudizio che ha corrisposto a tali domande.

di due sentenze appoggiate negli stessi mezzi, pronunciato nella stessa causa dalla corte di cassazione, era caso d'interpretazione legislativa. La stessa corte di cassazione poteva invocarla, ma facendolo, doveva sentenziare a classi riunite, alla presenza del gran giudice. Ad una terza decisione di fondo ribellantesi al responso della cassazione, *l'interpretazione del governo era di diritto.*

Come ognun vede, non fu dimenticata l'origine politica della istituzione. L'autonomia giudiziaria fu sempre ombrosa al governo imperiale, impadronitosi del supremo giudizio del diritto, la cassazione cade esautorata innanzi a lui, e sottostà fin anche alle corti d'appello, talvolta a un semplice tribunale. Con questo la istituzione stessa era condannata, e non aveva più ragione di esistere. Troppo direi se io volessi fare la critica di tale sistema. La legislazione italiana, anche prima d'ora, rivendicò solalmente al potere giudiziario i suoi diritti, restituì alla corte suprema la sua dignità, al concetto morale dell'unità giuridica la potenza di attuarsi.

Osservazioni sull'articolo.

Entriamo noi forse nella teoria della cosa giudicata? Si tratta forse di guarentire il principio di generale interesse che la cosa riposa? Grand errore sarebbe il pensarlo. L'eccezione della cosa giudicata si fonda in una sentenza che può essere emanata bensì nella stessa come in altra causa, ma sempre in una sentenza passata in giudicato. Qui noi abbiamo un giudizio ancora pendente, si tratta appunto di stabilire il giudicato, che ondeggia fra diversi pareri, in un responso solenne della corte suprema. Del resto confrontando il dettato del nostro articolo 547 col 1351 del Codice civile, la differenza appare evidente. La forza e la ragione tutta quanta dell'articolo 547 sta nella *identità dei mezzi o motivi.* Perchè questo? *Perchè non è solamente al risultato* che qui si mira, ed a mantenere una decisione che dovrebbe guarentirlo, voi capite bene che se la corte di cassazione avesse si trascendente autorità, dovrebbe averla per ogni caso e per ogni sua decisione. Questo non è altro che uno spediente per finire una lite che sembra lanciarsi in un circolo senza uscita, per il quale interesse generale, per il quale bisogno da tutti sentito, è d'uopo anche una volta subordinare il principio di libertà a quello di autorità. Se alcuno stimasse che vero e principale scopo di questa legge fosse la uniformità del principio giuridico, lo prevengo ch'egli pure andrebbe errato. Non lo escludo però, ma ripeto non essere il vero e principale, sia perchè infine la missione della corte suprema non è che morale, sia per potersi dimostrare che qualche volta non si tratterà che di un principio così strettamente annesso e compenetrato nel fatto, che potrà riuscire una decisione d'*espèce*, come dicono, non meritevole di una proclamazione tanto solenne. È stato trovato un fatto, secondo l'avviso della corte suprema? Se la seconda corte d'appello tornerà all'averseone del fatto che fu già censurato, la cassazione, per nuovo esame, a sezioni riunite, annullerà quella sentenza, e il nuovo giudice di rinvio dovrà accettare quella definizione, e ad essa conformare le sue decisioni di diritto, che nel resto gli rimangono pienamente libere.

Prima condizione è pertanto che *il ricorrente si riproduca in cassazione cogli stessi mezzi*, senza ciò non sarebbe luogo a convocare le sezioni. Seconda, che la corte così formata vegga e si persuada che la sentenza dev'essere cassata. Terza che i *motivi di un annullamento siano identici.*

La cassazione non è legata dalla sua propria decisione, novelli elementi personali s'introducono, la discussione è riassunta con maggior forza. Se nel ricorso si aggiungono agli antichi dei nuovi *mezzi*, *la sezione civile* potrà per questi cassare la sentenza; se i nuovi mezzi troverà inconcludenti, saranno convocate le sezioni, la corte di rinvio *dovrà accettare il punto deciso*, ma potrebbe per altre ragioni concludere come prima.

Per questa suprema identità che si ricerca, è pure necessario *che le parti agiscano nella stessa qualità*. Ed è una riprova che la legge è meno ansiosa di stabilire un principio, che di finire una lite nell'interesse delle parti, risposta a quelli che ravvisano nella cassazione una specie di accademia scientifica che non fabbrica che teorie. Se Tizio in veste di curatore fu respinto nella sua domanda, che poi gli è dato di riprendere nel suo interesse personale, sostiene la tesi *cogli stessi mezzi*, per verità la questione di principio è sempre quella, ma le parti sono cangiate.

Articolo 548.

Il cancelliere della corte trasmette copia della sentenza di cassazione all'autorità giudiziaria che pronunziò la sentenza cassata, per essere scritta ne' suoi registri.

Articolo 549.

Le sentenze della corte di cassazione non sono soggette nè a opposizione nè a rivocazione.

Annotazioni.

« Le seul moyen pour revenir contre les décisions de la cour de cassation est la *prise à partie*, il n'y en a pas d'autres », dice il Chauvean all'articolo 480 del Codice di procedura. Vedremo, esaminando l'articolo 785, quanto questa proposizione sia giusta.

SEZIONE IV

Della rinunzia al ricorso per cassazione e del ritiro delle carte e dei documenti.

Articolo 550.

La rinunzia al ricorso per cassazione deve farsi con ricorso sottoscritto da un avvocato ammesso a patrocinare davanti la corte, munito di mandato speciale per quest'oggetto

Il ricorso può essere presentato in qualunque tempo, purchè prima delle conclusioni del ministero pubblico.

Quando la parte contraria abbia presentato controricorso, il rinunziante deve rimborsarle le spese fatte e risarcire i danni sofferti, salvo che la rinunzia sia stato effetto di transazione tra le parti.

Annotazioni.

Intendiamo *le conclusioni del pubblico ministero fatte alla udienza*. La rinunzia tardiva non preserva il ricorrente dalla perdita del deposito. E neppure se *la rinunzia sia l'effetto della transazione* cioè di un atto consensuale di ambe le parti che, quantunque non porti quel nome e non sia motivato, sarà considerato come transazione agli effetti del 2° capoverso dell'articolo 550.

Articolo 551.

La rinunzia al ricorso per cassazione è notificata all'avvocato della parte contraria, o alla parte stessa, se questa non abbia presentato controricorso.

Il cancelliere dà avviso dell'ammissione della rinunzia agli avvocati delle parti.

Articolo 552.

Quando una delle parti si trovi nella necessità di avere in comunicazione le carte o i documenti presentati, se siano trascorsi i termini durante i quali devono rimanere nella cancelleria per la comunicazione alla parte contraria, il presidente può autorizzare la comunicazione chiesta, stabilendo un termine per la restituzione.

Se la restituzione delle carte e dei documenti non sia fatta nel termine stabilito, la parte che le ritirò può essere condannata in una multa estendibile a lire cinquecento.

Annotazioni.

È un caso speciale. La penalità, invero assai grave, comminata in questo testo, non si applica che a quella parte che domandò comunicazione *dopo i termini consueti*, domanda fuori di tempo che, associata alla mora della restituzione, fa pensar male, e la legge se ne piglia e aggrava la mano. Il termine ordinario della restituzione è quello dell'articolo 531, capoverso 3º.

Se le sentenze inappellabili possano impugnarsi col mezzo della cassazione.

(Articolo 517 in principio).

(Della seconda edizione).

Ho voluto tornare sopra una massima che io toccai appena nel commento perchè mi parve scritta letteralmente nel testo. Ma ho dovuto persuadermi che la questione c'era, se pure io non aveva il torto, mentre un'autorità per se stessa gravissima, ed alla quale io sono avvezzo ad inchinarmi, ha da capo a fondo riprovata la mia opinione.

Dirò un po' più sotto che la mia opinione ha potuto ricoverarsi sotto il manto di altra autorità rispettabile, ma intanto mi permetto di fare un poco di ragionamento per conto mio.

Non si dubita, io credo, sulla precisione del testo. « *La sentenza pronunziata* IN GRADO D'APPELLO, *può esser impugnata col ricorso in cassazione*. Ma ora sento che si prescinde dalla lettera, e sotto una legge positiva di rito si va a cercare lo spirito.

Vediamo gli argomenti tratti da una decisione della corte suprema di Torino del 6 settembre 1870 (1).

Esordisce la detta sentenza dal mentovare l'articolo 88 del Codice di procedura, e l'articolo 122 della legge sull'ordinamento giudiziario, i quali pongono che la corte di cassazione « conosce dei ricorsi per annullamento « delle sentenze a norma dell'articolo 517 ». Ma non essendo dubbio intorno a ciò, e additandosi che *la norma* da seguire è quella dell'articolo 517, ivi è, ed ivi soltanto, che noi dovremo trovarla.

La questione può osservarsi in ordine alla *parola* del legislatore e in ordine allo *spirito* della disposizione.

Parola del legislatore intendo non solo la formola specifica colla quale circoscrive l'oggetto della cassazione, ma eziandio le altre disposizioni correlative che vengono riaffermando il suo concetto.

Premetto ciò che pure si ricorda nella citata sentenza, che nella legge piemontese speciale alla corte di cassazione del 30 8bre 1847 (articolo 10), e nell'articolo 586 del Codice di procedura civile del 1859 fu adoperata una locuzione che includeva manifestamente tutte *le sentenze*, imperocchè sentenze pronunciate *in ultima istanza* sono sì quelle che si proferiscono in grado d'appello quanto ogni altra che sia inappellabile.

L'articolo 123 della legge sull'ordinamento giudiziario riproducendo la espressione « *sentenze pronunciate in grado d'appello* — quando trattasi di materia *civile e commerciale*, seguita dichiarando che il fatto corre d'altra guisa in *materia penale*, essendo soggette alla cassazione le *sentenze inappellabili*, o siano proferite dalle corti, dai tribunali o dai pretori, oltre quelle che si pronunciano in *grado d'appello*. Ciò risulta dagli articoli 647 e 648 del Codice di procedura penale, e si fa evidente che dove la legge ha voluto riferibili in cassazione le *sentenze inappellabili*, lo ha detto, e dove non ha avuto in mira che le *sentenze d'appello* lo ha detto.

La spiegazione data a codeste differenze è certamente ingegnosa. Si è risposto che il legislatore « si occupò a provvedere intorno ai casi che più frequentemente si verificavano cioè ai casi di sentenze pronunciate in appello, avendo già prima proclamato che tutte erano appellabili, salve le poche eccezioni che credette poscia d'introdurre per certe procedure speciali, e che mentre nelle materie civili l'appellabilità delle sentenze costituisce la regola generale, nelle materie penali molte sono le sentenze che non sono suscettibili che di un solo grado di giurisdizione, ed anche per quelle proferite dai pretori e dai tribunali, non si ammette l'appello, salvo nel concorso delle varie circostanze dalla legge previste ».

Mi pare che dall'insieme di questo discorso si possa dedurre che il legislatore è incorso in una *omissione*, ma che la omissione è scusabile, essendo così poche in civile le sentenze inappellabili che hanno potuto sfuggire alla sua attenzione mentre dettava l'articolo 517. Io non so bene se il legislatore sia per accettare questa accusa e questa difesa. Stimerei piut-

(1) Aggiungi altra del 30 luglio 18[illegible] della stessa corte, a relazione del comm. Pescatore, che nomino per causa d'onore.

la nostra scorta. Quanto al maggior bisogno che quelle sentenze hanno di essere protette col rimedio della cassazione, si è già mostrato avere il legislatore seguito un diverso ordine d'idee.

Al terzo argomento. La inappellabilità di una sentenza non ha potuto avere per motivo la sospensione della sua esecuzione prodotta dalla esistenza dell'appello, essendo provveduto colla facoltà di ordinare la esecuzione provvisoria.

Chiuderò il discorso con una osservazione che vale a rivendicare la esattezza letterale dell'art. 517.

L'art. 494 pone in principio che le sentenze pronunciate *in grado d'appello* sono soggette alla *rivocazione*. È così certo che usando quella espressione la legge non ha voluto comprendere *le sentenze pronunciate in prima ed unica istanza* che nell'art. 495, n. 2° ha dovuto farne una limitazione espressa. L'articolo 517 usa la stessa formola, ma limitazione non c'è.

La corte di cassaz. di Firenze nel 21 gennaio 1867, nella causa Abayet e Longère (*Annali della Giurisprud. ital.*, p. I, pag. 104, 105) professò la massima da noi propugnata.

Tutto questo appartiene al sistema giudiziario e contraddittorio di sua natura, e non a risoluzioni di altro carattere sulle quali ha sempre autorità la corte suprema.

Della violazione dei principii superiori di diritto in quanto siano deducibili alla corte di cassazione.

Ordina l'articolo 523 che nel ricorso siano indicati *gli articoli di legge in cui si fonda*. Ciò farebbe credere che i ricorsi *siano sempre fondati* sopra articoli espressi di legge, il che per altro non avviene in più casi.

Il commendatore Pescatore, esaminando questo tema, non forse precisamente nel mio punto di vista, produsse alcuni concetti degni dell'alta sua mente. Osservò che la violazione della legge può essere *diretta* o *indiretta*, e la violazione indiretta assumere due forme, *analogica* e *conseguenziale*. La legge è violata *direttamente* nel suo testo. Ma accade di frequente « che un principio di diritto, non dichiarato dalla legge nella sua propria formola espressa ed universale, si trovi tuttavia tacitamente presupposto, applicato a un caso particolare accennato per analogia ». La sentenza che viola quel principio, viola anche per indiretto la legge, e vuol chiamarsi *violazione analogica*. La *conseguenziale*, secondo l'autore « ha luogo quando la sentenza non contraddice a un testo espresso di legge, nè ad un principio che si possa dedurre da una legge per argomento di analogia, ma partendo da falsi principii che la ragione civile condanna, sia stata condotta nelle sue ultime *conseguenze* ad applicare una legge che, *giudicata meglio a tenore dei principii* la questione in litigio, non avrebbe dovuto applicare, e a trasgredire la vera legge applicabile » (*Sposizione compendiosa della procedura civ.*, parte I, pagina 90).

Di questi concetti può giovarsi la scienza; intanto sono stato prevenuto in ciò che la legge non contiene sempre il principio da cui si origina, ma lo presuppone nel tempo stesso che discende a particolari applicazioni.

Le osservazioni del Pescatore, come le mie che verrò facendo, mostrano che il dominio della corte suprema si estende oltre quello che gli articoli 517 e 523 sembrano enunciare. Ciò non è nuovo nè peregrino che tuttodì si valica quel segno, e si entra nella regione dei principii a proposito della cassazione; ma uno schema di teoria non sarà inutile.

1° Tutta la scienza è aperta alle discussioni giuridiche che i bisogni della vita civile fanno rampollare senza fine sul tronco delle umane discordie. Ma non tutta la scienza è contenuta nei codici, che anzi il dogmatismo e la pedagogia in legislazione sono considerati come un pericolo, e la massima è antica. Ora il legislatore muovendo dai sommi principii, ch'egli a così dire cela e non ri sguardi, non filosofeggia, ma dispone e dispone in coerenza a quei principii temperati da mille convenienze d'ordine effettuale e pratico, e mai o quasi mai non dà la ragione del suo disporre. Ma dalla trasparenza dei suoi concetti noi rileviamo ordinariamente senza difficoltà, le ragioni che lo hanno mosso. Come il fine corrisponde alla causa che lo produce, l'oggetto de la disposizione ci porge per se solo tanto lume che basta per lo più ad afferrare nella legge quello che chiamiamo lo *spirito*. Ma il principio e la causa muovente non è mai la materia della violazione, ma sempre il precetto legislativo nel quale il principio stesso astratto o generale o riluce di tutta la sua chiarezza, o assume una forma che limita la sua azione pratica, o rimane per così dire esautorato, mentre il legislatore, sia per viste utilitarie, e anche per altri motivi che forse non isfuggono alla critica, è stato condotto a disporre altrimenti da quello che le scuole e le teorie insegnano.

Pertanto ove la legge chiaramente dispone, involve il principio dal quale è stata ispirata,

se ne ha avuto uno, o lo crea essa medesima, limitando il principio generale se nel caso pratico non crede di accettarlo in tutta la sua estensione, o finalmente, non lasciando dietro sè che il criterio generale di giustizia, decide secondo ragioni particolari, con regole di convenienza, di utilità *et non producitur ad consequentias*, perchè la legge stessa non intende di generalizzare nè dettare principii. *Lex est*, ed è incivile ricercare il principio per modificarla.

2° La legge prevede e dispone, ma solo ipoteticamente, e fa sentire la necessità di determinare una nozione giuridica ch'essa non esprime, di stabilire un principio che diventa la condizione della sua applicabilità. L'art. 941 della procedura, n° 4, nega la eseguibilità alle sentenze straniere, se *contengano disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al diritto pubblico interno del regno*. Noi non possiamo convincere d'errore la sentenza che concede la esecuzione senza definire la relazione del fatto col principio e senza definire lo stesso principio che deduciamo talvolta da un ordine ideale così elevato, che oltrepassa le nozioni e le provvisioni del Codice.

La formola è sempre una: *la legge è stata violata o male interpretata*, ma la legge era muta sulla questione di principio, e in realtà il principio violato era fuori di essa, e sostanzialmente offeso fu lo stesso principio, che non poteva esser rivelato che dalla scienza.

3° Il Codice dichiara due cose: 1° di non decidere ogni controversia, ma dove tace potersi soccorrere con altre disposizioni che vi abbiano un certo rapporto (casi simili, materie analoghe); 2° di non essere la scienza, e apre ai giudizi le regioni interminate dello scibile giuridico (art. 3 delle *Disposizioni preliminari del Cod. civ.*).

Nell'una e nell'altra ipotesi subbietto della violazione è il *principio ideale* e non il *principio formale*, che è la stessa legge. Difatti *le leggi analoghe* alle quali siamo rinviati in difetto di disposizione positiva, non sono la materia diretta della violazione, essendo necessario scoprire il rapporto che vi ha fra il caso in disputa e quelle leggi che non ne dispongono ma contengono elementi omogenei, ed è opera del raziocinio. Nè quel rapporto può essere ravvisato e raffermato se non convengano fra la specie in contesa e quella contemplata dalle leggi d'ordine analogico tali affinità e convergenze giuridiche per cui si possa dire che se il legislatore avesse contemplato quel caso, non avrebbe deciso altrimenti. Havvi dunque questione di principio, perchè in realtà quando si deve ricorrere all'analogia, manca la disposizione della legge.

Nulla poi dirò laddove, tacendo del tutto la legge, e non avendosi e schierandosi innanzi al pensiero principii generali, sia d'uopo a questi ricorrere per la decisione della causa. E se la sentenza non ha saputo afferrar quello che meglio si addice, per certo non si dirà violata una legge ma un principio.

In riassunto:

1° Ove la legge detta ed esprime la propria volontà, la materia della violazione è la stessa legge che non lascia luogo alla questione di principio.

2° Talvolta la legge non tien luogo del principio nè lo involve nella sua disposizione, e per decidere il dubbio conviene ricercare un principio, un concetto, un criterio scientifico. Nondimeno chi erra non dicesi violare un principio, ma applicare falsamente la legge.

3° Vi ha questione di principio, e quando la legge non disponendo rimette la decisione del caso ai principii generali, ed anche quando può sperarsi una guida in disposizioni analoghe, essendochè in ogni cosa la mente ha bisogno di trovare una formola ideale fuori di una disposizione positiva.

Sulle forme dei ricorsi e controricorsi in cassazione.

(Articoli 522, 523, 524 e seguenti).

Dopo la pubblicazione del Codice di procedura la giurisprudenza delle corti supreme ha avuto occasione di risolvere non pochi dubbi intorno alla regolarità dei ricorsi di cassazione, sicchè reputo interessante raccoglierne i responsi in via di massima e di autorevole commentario a quegli articoli.

1. Quantunque dall'atto del ricorso non risulti espresso il *domicilio* o la *residenza* del ricorrente, basta che se ne trovi l'indicazione negli atti e documenti annessi al ricorso (cassazione di Torino, 2 aprile 1867, *Monitore dei Tribunali*, n° 20). Aggiungi la sentenza della cassazione di Napoli del 29 novembre 1870 (*Annali*, 1871, I, 37).

2. La elezione di domicilio a tutti gli atti giudiziari, statuita in un contratto, estende la sua efficacia eziandio alla intimazione del ricorso in cassazione (cassazione di Torino, 21 dicembre 1866, *Monitore dei Tribunali*, 1867, n° 2).

3. Il ricorso che s'interpone da sentenza pronunciata in giudizio di graduatoria, deve notificarsi a tutti i creditori, anche a quelli graduati posteriormente al credito del ricor-

rente, considerandosi l'interesse collettivo e la causa individua (cassazione di Torino, 11 luglio 1866, *La Legge*, n° 73).

4. L'articolo 469 essendo pure applicabile ai ricorsi in cassazione, ne seguita che può farsi luogo alla *integrazione del giudizio*, citando cioè le altre parti, benchè scaduto il termine ordinario (sentenza suddetta) (1).

5. Il *termine* per ricorrere in cassazione decorre dalla notificazione della sentenza che si vuole impugnare (articolo 518); s'intende dalla *notificazione fatta ad istanza dello stesso ricorrente* (suoi autori o aventi causa) e non da quella fatta da un terzo che non avesse interesse nel giudizio (cassaz. di Torino, 27 dicembre 1866, *Annali di giurisprudenza italiana*, pag. 213, Firenze).

Nella specie, il termine era caduto atteso l'essersi già fatta la notificazione della sentenza da chi aveva interesse per farla in opposizione a quello del ricorrente. In ordine alla parte che si trovava così regolarmente posta in faccia alla legge, niun dubbio che il termine avesse cominciato a decorrere da quel punto. Questione se la notificazione eseguita ad istanza di *altro interessato* avesse prorogato il termine a profitto di chi aveva interesse a ricorrere. Ciò potrebbe ritenersi *in causa individua*, o *nella solidarietà dei diritti*, non mai in causa dividua, ove gl'interessi sono distinti. Era poi abbastanza assurdo pretendere che la notificazione fatta *da un terzo senza interesse*, e riconosciuto estraneo al giudizio, avesse potuto influire sui rapporti di diritto fra altre persone esistenti.

6. Ma in qual luogo deve notificarsi il ricorso?

Niun dubbio che alla residenza della parte intimata sia validamente notificato, e sia ben anco il voto della legge. Ma sarà nulla la notificazione eseguita al domicilio eletto nel giudizio di merito dalla cui sentenza si ricorre?

La corte di cassazione di Firenze alla sua decisione del 5 marzo 1868 (*Annali*, v. 2, 1. 7), ritenne valida la notificazione, osservando che se la cassazione è rimedio straordinario non è però giudizio nuovo. Nella quale decisione venne anche stabilita la massima che è sempre rimasta in osservanza, la notificazione del controricorso sanare i vizi della notificazione del ricorso.

Ma siamo in discordia sul primo punto. La cassazione di Napoli nelle sue sentenze del 9 luglio 1867, 21 novembre 1870, e 4 marzo 1871, coerente a se stessa, giudicò il contrario.

Se fra tanto senno io posso portare la mia debole opinione, dirò che il rigore proclamato in queste decisioni non mi sembra giustificato. L'articolo 525 esige la forma della citazione, ma poichè una citazione può bene notificarsi alla residenza o al domicilio eletto, e la legge non distinguendo e non prescrivendo il luogo della notificazione, non intendo come sotto la disposizione del suddetto articolo abbia potuto trovarsi la nullità.

Sottoscrizione dell'avvocato.

Sottoscrizione dell'usciere.

(Articoli 522, 525).

Che l'avvocato non sia tenuto a sottoscrivere anche la *copia del ricorso*, è massima omai stabilita (2).

Meno concordi sono le corti supreme sull'altro punto — se sia necessario, a pena di nullità, che l'usciere *scriva e sottoscriva* l'atto di notificazione, o se l'atto sia valido *non scritto* di mano dell'usciere, ma solo da lui *sottoscritto* (num. 3 della suddetta mia dissertazione).

Io ritenni e ritengo che solo la *sottoscrizione dell'usciere* sia di rigore. In questo senso una decisione della corte suprema di Torino (28 maggio 1867); altra del 31 maggio detto anno, del 28 marzo 1867 (affare Telsi e Fabbricieria a mia relazione) e del 24 maggio 1870 (causa Pittaluga e Castagneto) e due decisioni della cassazione di Napoli del 20 7bre 1866 e del 2 maggio 1868. In contrario la cassazione di Palermo, 4 agosto 1866. (La data è un pochino arretrata). Quella sedente in Firenze non ha avuto occasione di pronunciarsi direttamente, ma nella sua decisione del 16 gennaio 1868 (estensore Paoli) ha illuminata la questione con una osservazione molto opportuna, ed è che l'articolo 145 del Codice di procedura civile sia da considerarsi come un supplemento all'articolo 565, il che porta a ritenere sufficiente la *sottoscrizione*.

—

(1) Deve riconoscersi la pratica utilità dell'articolo 498. Purchè nel termine di ragione siano state citate alcune delle parti, la legge permette di citare anche le altre, a termine (?) aiuto (?). Laddove per l'anteriore legislazione *la decadenza era irremissibilmente incorsa*.

(2) Cassazione di Torino, 28 marzo 1867 (*Monitore dei Tribunali*, num. 16 e 17, dello anno); di Palermo, 25 marzo 1867; di Torino, 4 giugno 1868; di Firenze, 17 novembre 1868. — Vedi *Le principali discordanze della giurisprudenza*, del cons. Paoli, p. 1.

Sulla pluralità dei depositi.

(Articolo 521).

Al punto in cui siamo l'articolo 521 può dirsi sufficientemente illustrato dalla giurisprudenza per dedurne qualche ragionamento teorico.

L'articolo 521 non parla che di unico ricorso e di unica sentenza; quando si abbia pluralità di ricorsi, di parti ricorrenti, e di sentenze, allora sorge il dubbio e il bisogno di supplire al silenzio della legge colla scorta di alcuni criteri d'ordine superiore.

Che è l'identico e l'uno, che è il molteplice e vario rispetto ai ricorsi e alle sentenze che ne sono l'oggetto? Si stabilisce come criterio primario che la unità o la pluralità non si misura dagli enti materiali che si producono, ma dal nesso e rapporto razionale.

1° La sentenza materialmente unica può essere molteplice rapporto alle risoluzioni che contiene e richiedere quindi più depositi.

2° Sentenze diverse possono assimilarsi e non presentare che un subbietto unico, quanto allo scopo del ricorso.

3° Più ricorrenti contro unica sentenza o contro più sentenze, considerate come una sola, formano unità sotto il vincolo di un comune interesse.

Quanto al primo scolio può citarsi ad esempio una decisione della corte suprema di Torino del 10 dicembre 1869 (*Monitore*, 1870, pag. 87). È proprio di una sentenza di graduatoria il contenere moltiplici disposizioni distinte in capi che rappresentano altrettanti giudizi; chi denuncia alla cassazione più capi distinti, deve fare più depositi. Resta a vedere se questo sia, direi così, una specialità delle sentenze di graduatoria. Rispondo che ciò è di tutte le sentenze che in capi distinti contengono disposizioni differenti.

Neppur qui è questione di forma. Disposizioni formulate in capi materialmente distinti o per seguire le diverse domande proposte nello stesso libello, o per comodità di redazione, potrebbero congiungersi in una causa giuridica comune, dalla quale le varie risoluzioni derivano come corollari e conseguenze. Sarebbe assurdo che un ricorso che investe e attacca il principio ritenuto nella sentenza come fondamento delle varie sue conclusioni, dovesse dividersi in relazione ai distinti capi di essa per lo effetto di moltiplicare i depositi. La corte suprema fa una indagine preliminare che concerne la intenzione del ricorrente, esamina se il ricorso concentri il principale suo sforzo sulla questione fondamentale dalla cui soluzione dipende il destino della sentenza e delle varie sue pronunciazioni, e poi se il ricorso si apponga o no, o la sua domanda sia giusta, è la parte che riguarda il merito.

E dato che le sentenze o le disposizioni loro siano distinte, e un solo deposito sia stato eseguito, essendo indubitato che il ricorso regga rapporto ad una di quelle sentenze o ad uno di quei capi, il ricorrente avrà l'azione, io credo, di applicare il deposito a quale meglio gli giovi. Raccomando questa massima di sentita equità, perchè ho veduto qualche decisione rigettare totalmente il ricorso e lavarsene le mani dicendo che non si sa a quale delle due domande sia da applicarsi il deposito eseguito.

Sul secondo proposto.

Talvolta si ricorre contro più sentenze, le quali però, comunque nel vario stadio processuale in cui vennero pronunciate, portino disposizioni graduali e loro proprie, tuttavia messe insieme si rileva che l'una, per es., non fu che preparatoria dell'altra, e decise una fase della questione che rimase secondaria e senza interesse di fronte all'ultima e principale sentenza. Laonde, sebbene il ricorso investa più sentenze, in realtà tutte si compendiano in un oggetto unico, nell'ultima definitivamente rappresentato.

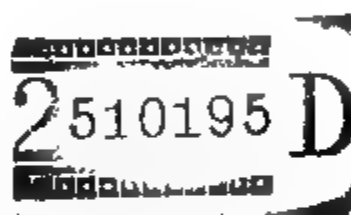
Darò l'esempio. Decise la cassazione di Torino nel 22 genn. 1869 (*Monitore*, detto anno, pag. 317) che la sentenza che pronunzia sulla inibitoria *della esecuzione provvisoria* e quella che *risolve il merito della causa*, quantunque proferite su distinti atti di citazione si considerano una sola rispetto al deposito.

Alla equità di tale conclusione conferisce il disposto analogo dell'articolo 500, che un solo deposito richiede quando « con un solo atto « siano impugnate più sentenze pronunziate « nello stesso giudizio » e ciò all'oggetto della rivocazione. Nondimeno da simile analogia non può dedursi una regola assoluta per la cassazione attesa la diversità dell'indole e degli scopi dei due giudizi, diversità che potrei mettere in rilievo anche relativamente a questo punto, se mi bastasse il tempo. Abbiamo veduto che una sentenza materialmente unica, in cassazione può bipartirsi e presentare disposizioni diverse in realtà, benchè non solo emergenti dallo stesso giudizio, ma da un solo giudicato.

Terzo, finalmente, fattore di unità è l'*interesse comune* che muove più ricorrenti ad abbattere una sentenza o più sentenze che idealmente ne formano una sola, come si disse di sopra.

Opera la conformità dell'interesse, quando *comune sia lo scopo, e comune il mezzo* altresì, senza badare alla pluralità delle persone. Una decisione della corte suprema di Torino del 28 dicembre 1865 (*Monitore*, 1866, pag. 84) stabilisce appunto codesti requisiti. È chiaro che proponendosi *più ricorsi* ognuno fa a così dire la guerra per conto proprio, ma un ricorso *adesivo* ad un altro quando non solo vi abbia conformità d'interesse, *ma la materia sia inscindibile*, non potrebbe senza ingiustizia assoggettarsi a un secondo deposito.

Sono costretto a fare una osservazione sulla sentenza 10 dicembre 1869 suindicata, nella quale ritenute le condizioni d'unità or ora dichiarate, trovasi aggiunto — *purchè le persone contro le quali si dirige la domanda siano le stesse.*

Non mi è dato di rilevare con precisione la specie del fatto. Ma intanto prendo guardia contro una proposizione cui l'autorità potrebbe dare un valor maggiore di quello che abbia in se stessa. Il mutamento delle persone, circostanza estrinseca ed accidentale, non varia la essenza del diritto, se un elemento nuovo di controversia non fosse importato da siffatto mutamento. Ma ciò non potrebbe aver luogo se non quando i nuovi venuti fossero terzi, e non rappresentanti, successori, o aventi causa delle persone che sono mancate.

FINE DEL VOLUME PRIMO E DEL LIBRO PRIMO.

INDICE TITOLARE

DEL LIBRO I.

TITOLO PRELIMINARE

DELLA CONCILIAZIONE E DEL COMPROMESSO

LIBRO PRIMO

DELL'ORDINE E DELLA FORMA DEI GIUDIZI